Ist die Vormerkung eine Verfügungsbeschränkung?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

genehmigt

von der juristischen Fakultät

der

Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn.

Von

Fritz Rheinen

Gerichtsreferendar in Duisburg.

BONN 1929

Druck von Hch Ludwig, Spezialdruckerei für Dissertationen.

Plan.

Seite

Einleitung 1

I. TEIL.

Umgrenzung der Verfügungsbeschränkung.

§ 1. Die Verfügungsbeschränkung 3
§ 2. Verfügungsbeschränkung und Veräußerungsverbot 14
§ 3. Die Entstehung der Verfügungsbeschränkungen 19
§ 4. Vorbemerkungen 23

II. TEIL.

Die Vormerkung und die Tatbestandsmerkmale des negativen Herrschaftsrechtes.

1. Die Vormerkung als sachenrechtliches Herrschaftsrecht.

§ 5. Ensteht die Vormerkung wie die subjektiven Rechte durch Einigung und Eintragung (§ 873 BGB.)? 24
§ 6. Geht die Vormerkung durch ungerechtfertigte Löschung unter? 38
§ 7. Die Anwendbarkeit der übrigen Vorschriften für die Sachenrechte im allgemeinen auf die Vormerkung 44

2. Die Vormerkung als negatives Herrschaftsrecht.

§ 8. Die Vormerkung beschränkt das rechtliche Können 58
§ 9. Die Vormerkung gewährt kein Recht zu einem aktuellen Handeln 60
§ 10. Der gesicherte Anspruch bleibt unberührt 62

III. TEIL.

Erklärt eine Verfügungsbeschränkung die anderen gesetzlich geregelten Vorschriften für die Vormerkung?

§ 11. Die Rangerhaltung (§ 883 Abs. 3) 64
§ 12. Die Vormerkung im Konkurse 66
§ 13. Vormerkung und Erbenhaftung 69
§ 14. Die Vormerkung in der Zwangsversteigerung (§ 48 ZVG.) . . 73

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Verzeichnis der benutzten Bücher und Schriften.

Bendix in JW. 1904 S. 601 Anm. 6.

Bendix, Gruchots Beiträge Bd. 49 S. 514.

Biermann, Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht. 1901.

Biermann, Kommentar zum Sachenrecht. 1914.

Blum, Veräußerungsverbot und Vormerkung.

du Chesne, Wirkungsarten und Formen der Eintragungsbewilligung; im Recht 1917 S. 582.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches. 1924 Bd. II, 1.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 1900, 1902, 1905.

Dernburg, Preußisches Privatrecht. 1884, Bd. I, S. 499.

Dölle, Theoretische Jurisprudenz in Nordamerika. Gruch. Beitr. Bd. 68 S. 492 ff.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. Bd. I, Allgemeiner Teil. Aufl. 1923.

Fuchs, Zur Lehre von der Vormerkung; LZ. 1914 S. 1 ff., 139 ff.

Gaupp-Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 1924. Bd. I.

Gradenwitz, Wortverzeichnis zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Güthe, Kommentar zur Grundbuchordnung Bd. I.

Güthe, Unrichtigkeit des Grundbuchs im Gebiete der Vormerkung; Gruch. Beitr. Bd. 57 S. 1 ff.

Heinrich, DieWirkungen der Vormerkung. Diss. 1910.

Heinsheimer, Zwei Beiträge zur Lehre vom Widerspruch. Gruch. Beitr. Bd. 69 S. 417 ff.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. 1912.

Henle, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1926 Bd. I.

Kipp, Lehrbuch des Erbrechts 14./16. Aufl.

Knauer, Verfügungsbeschränkungen im Grundbuchrecht. Diss. 1911.

Leyser, Das rechtliche Wesen der Vormerkung. Diss. 1904.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. III.

Mugdan, Materialien. Bd. III.

Neumann, Vormerkung und Veräußerungsverbot; in JW. 1902 S. 454.

Oberneck, Grundbuchrecht. Bd. I.

Othmer, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht. Berlin 1902.

Petersen-Enge, Die rechtliche Natur des Vormerkungsrechtes. Diss. Marb. 1924.

Philipsen, Die Vormerkung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1903.

Planck, Kommentar zum Sachenrecht. 1915.

Predari, Grundbuchordnung. 1913.

Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1908.

Reichel, Die Vormerkung im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch; in Jher. Jahrb. Bd. 46 S. 59 ff.

Reichsgerichtsräte-Kommentar 1921.
Rosenberg, Kommentar zum Sachenrecht. 1919.
Rosenberg in JW. 1926 S. 2621 (Nr. 6).
Sarwey-Bossert, Kommentar zur Konkursordnung. 4. Aufl. 1901.
Seckel, Gestaltungsrechte im Bürgerlichen Recht. Festgabe für Koch. S. 250.
Sekler, Die Lehre von der Vormerkung nach dem neuen Reichsrecht. 1904.
v. Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 1910.
Staudinger-Kober, Kommentar zum Sachenrecht (1. Teil) 1926.
Staudinger-Riezler, Kommentar zum Allgemeinen Teil 1926.
Strohal, Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zustatten? Dekanats-Programm. Leipzig 1904.
Planck-Strohal, Kommentar zum Sachenrecht. Aufl. 1917.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1910, 1914, 1918.
Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht. 2. Aufl. Bd. I.
Vervier, Wesen und Wirkung der Vormerkung. Diss. 1903.
Voß, Ueber das Verhältnis zwischen relativem Veräußerungsverbot und Vormerkung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jher. Jahrb. Bd. 60 S. 293 ff.
Warneyer, Kommentar zum Sachenrecht. 1923.
Weber, Die Rechtsstellung des befreiten Vorerben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. D. Not. V. Z. 1911 S. 574 ff.
M. Wolff, Lehrbuch des Sachenrechts. Aufl. 1923.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zit. RG.).
Entscheidungen der Oberlandesgerichte (zit. OLG.).
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (zit. Gruch. Beitr.).
Entscheidungen in Juristische Wochenschrift (JW.).
Entscheidungen in Deutsche Juristen-Zeitung (DJZ.).
Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichtes (zit. Bayer. ObLG.)

Einleitung.

Der Streit darüber, in welche rechtliche Kategorie die Vormerkung einzuordnen ist, ist so alt wie das Bürgerliche Gesetzbuch selbst; und es scheint, daß die Vorhersage von Fuchs[1]) zutrifft, daß es sich um eine jener Kontroversen handelt, die nie sterben können.

Es fehlt nicht an überaus zahlreichen Versuchen, die Vormerkung in ein festes Schema zu fassen; fast alle juristischen Kategorien sind für sie in Anspruch genommen; und jede ist bekämpft. Nicht wenige verzichten auf jede dogmatische Eingruppierung[2]); Biermann steht nicht allein, wenn er die Vormerkung nichtssagend als „Grundbuchvermerk, der die Verwirklichung der in § 883 genannten Ansprüche in dinglicher Weise sichert" charakterisiert.

Auf eine Konstruktion der Vormerkung kann aber nicht verzichtet werden. Der Streit hat nicht nur ein theoretisches Interesse, sondern entschieden seine praktischen Spitzen. Die summarische Behandlung der Vormerkung im Gesetz und die mannigfaltigen Meinungsverschiedenheiten, die sich aus der Unklarheit darüber ergeben haben, aus welchen Normen die zahlreichen Lücken im Gesetz zu ergänzen sind, verlangen eine dogmatische Einordnung der Vormerkung in einen festen Begriff.

Hier soll untersucht werden, ob sie eine Verfügungsbeschränkung sein kann. Das praktische Ziel der Erörterung ist die Entscheidung etwa der folgenden Fälle:

1. Der Anspruch des A gegen B auf Uebereignung des Grundstücks des B ist durch eine Vormerkung gesichert. Ohne daß die materiellen Voraussetzungen für den Untergang der Vormerkung vorliegen, wird der Eintrag im Grundbuch gelöscht. C, der davon Kenntnis hat, erwirbt das Grundstück von B. Wie ist die Rechtslage? (§ 892 Abs. 1 Satz 2 BGB.)

---

1) Grundbuchrecht S. 113.

2) z. B. Biermann, Widerspr. u. Vorm. S. 184; Rosenberg, Komm. 1919 zu § 883 a. E.; Rg. Bd. 113 S. 403 ff.

2. Hat A, wenn seine Vormerkung nicht oder falsch eingetragen ist, den Berichtigungsanspruch des § 894?

3. Hat der Eigentümer B, dessen Grundstück von der Vormerkung betroffen ist, beim Erlöschen der Vormerkung den Berichtigungsanspruch aus § 894?

4. Ist § 878 auf die Vormerkung anwendbar?

Beispiel: In RG. Bd. 113 S. 403 f. = JW. 1926 S. 2621 Nr. 6 ist der folgende interessante Fall praktisch geworden:

Der Eigentümer A bevollmächtigt seinen Vertreter V zum Verkauf und zur Veräußerung seines Grundstücks. Der Vertreter V verkauft das Grundstück an B und läßt es auf. Inzwischen verkauft der Vertretene A selbst das Grundstück an C und bestellt diesem eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Uebereignung. Der obligatorische Anspruch ist gültig; der Kaufvertrag ist nicht auf eine unmögliche Leistung gerichtet (§ 306). Man kann eine Sache mehrmals verkaufen. Die Vormerkung wird in das Grundbuch eingetragen, nachdem die Auflassung zwischen V und B erfolgt und der Antrag auf Eintragung des Eigentums des B beim Grundbuchamt gestellt ist, aber bevor der Eigentumsübergang im Grundbuch eingetragen wird. Der Eigentumsübergang wird also später als die Vormerkung eingetragen. Wie ist die Rechtslage? Muß der Vorgemerkte oder der als Eigentümer Eingetragene weichen?

Auf § 892 kann B seinen lastenfreien Rechtserwerb nicht stützen; denn in dem Zeitpunkt, in dem er das Eigentum erlangt hat, d. h. im Zeitpunkte seiner Eintragung (§§ 873, 925), war das Grundbuch nicht unrichtig: Die Vormerkung bestand in jenem Augenblick. Die Unwirksamkeit der Vormerkung kann sich vielmehr nur aus § 878 ergeben!

5. Ist gegen die ungerechtfertigte Löschung der Vormerkung ein Widerspruch zulässig?

I. TEIL.

Umgrenzung der Verfügungsbeschränkung.

§ 1.

Die Verfügungsbeschränkung.

A. Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Verfügungsbeschränkungen sind der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht fremd; jedoch gebraucht es diesen Ausdruck nur im § 894 [1]). Außerdem kommen (bloß) [2]) in den §§ 137 Satz 1, 878 und 892 Abs. 1 Satz 2 die Wortbestandteile getrennt vor.

In allen zitierten Stellen muß es sich um denselben Begriff handeln. Für die §§ 892, 894 folgt das daraus, daß dieser jenen zitiert. § 878 enthält im wesentlichen dieselbe Redewendung wie § 892; eine Beschränkung „der Befugnis zur Verfügung" (§ 137 Satz 1) kann dem Zusammenhange nach nichts anders als Beschränkung „in der Verfügung" (§ 892 Abs. 1 Satz 1) oder „Verfügungsbeschränkung" (§ 894) heißen.

Aus den angezogenen Stellen, insbesondere aus § 137 Satz 1 und aus allgemeinen dogmatischen Erwägungen läßt sich der Begriff entwickeln.

B. Begriff der Verfügungsbeschränkung.

§ 137 umschreibt die Verfügungsbeschränkung als eine Ausschließung oder Beschränkung der Befugnis, über ein veräußerliches Recht zu verfügen. Da die „Ausschließung" der Verfügungsmacht nur einen Grenzfall der „Beschränkung darstellt, sind diese beiden Begriffe als Beschränkung im weiteren Sinne zusammenzufassen.

Die Verfügungsbeschränkungen dienen stets dem Schutz von rechtlichen Interessen Dritter [3]). Ihr Gegenstand ist immer die Befugnis zu Verfügungen im technischen Sinne des Bürgerlichen

---

1) Wortverzeichnis von Gradenwitz.
2) Ebenda.
3) Mot. Mugdan III S. 119.

Gesetzbuchs. Dieser Begriff, im Gesetz nicht definiert, ist mit Sicherheit aus zahlreichen Stellen abzuleiten. Die Verfügung ist ein Rechtsgeschäft (oder jedenfalls eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung), durch welches ein Rechtsverhältnis oder ein Recht unmittelbar betroffen wird [4]). Unmittelbar heißt: ohne Vermittlung eines anderen weiteren Rechtsgeschäftes.

Nur die verlusthabende Seite „verfügt". Keine Verfügung ist einerseits der Erwerb oder die Erweiterung von Rechten, andererseits die Eingehung von Verbindlichkeiten, weil diese nur eine Beziehung von Person zu Person schaffen und kein Recht unmittelbar betreffen. Die Befreiung von einer Verbindlichkeit als solche ist keine Verfügung, da von ihr kein Recht betroffen wird. Verfügung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches sind nur Rechtsgeschäfte; daher scheiden einerseits aus die sogen. tatsächlichen, andererseits die obrigkeitlichen Verfügungen [5]).

Je nachdem, ob der Interessenschutz durch Verfügungsbeschränkungen für eine unbestimmte Zahl von Rechtssubjekten oder zugunsten bestimmter Personen („zugunsten einer bestimmten Person" § 892 Abs. 1 S. 2) besteht, unterscheidet man absolute und relative Verfügungsbeschränkungen. Hier sind nur die letzteren heranzuziehen; denn wenn die Vormerkung, die immer der Sicherung eines Anspruchs (§ 194) dient, eine Verfügungsbeschränkung sein soll, kann sie nur eine relative sein.

Die relative Verfügungsbeschränkung setzt also immer zwei Personen oder Personengruppen voraus: den von der Verfügungsbeschränkung Betroffenen und den Geschützten.

I. Rechtsstellung des Betroffenen.

a) Der von der Beschränkung Betroffene muß Träger eines veräußerlichen Rechtes sein. Daß ein Nichtrechtsinhaber über ein fremdes Recht nicht verfügen kann, erscheint überhaupt nicht als eine Beschränkung, weil regelmäßig die Verfügungsbefugnis, die Teil des Inhaltes des Rechtes ist, über das verfügt wird, nicht jedermann, sondern nur dem Rechtsinhaber zusteht [6]).

---

4) v. Tuhr II, 1 1914 S. 238.

5) Das BGB. nennt sie auch „Verfügungen". Die Ausdrücke sind homonym: „Ueber etwas verfügen" (§ 185) und „etwas verfügen". Knauer a. a. O. S. 1 Anm. 1.

6) Dölle, Theoret. Jurisprudenz in Nordamerika, Gruch. Beitr. Bd. 68 S. 500.

b) Das Recht des Betroffenen muß „veräußerlich" sein. Das ist dann der Fall, wenn es ohne Veränderung seines Inhaltes als Ganzes auf einen anderen übertragen werden kann. Keine Verfügungsbeschränkung ist daher die Unveräußerlichkeit, sofern ihr Grund in einer Eigenschaft des Rechtes, d. h. in seiner Beschaffenheit ohne Ansehung der Person des Rechtsträgers [7]) liegt; denn in diesem Falle gehört die Verfügungsbefugnis nicht zum Rechtsinhalt. So enthalten z. B. §§ 1059 (Unübertragbarkeit des Nießbrauchs), 399 Halbs. 1 (Ausschluß der Abtretbarkeit einer Forderung, wenn die Zession den Rechtsinhalt ändern würde) keine Verfügungsbeschränkungen.

Wo dagegen die Unübertragbarkeit eines Rechtes nicht die Folge der Beschaffenheit des Rechtes, sondern die eines Rechtsgeschäftes des Rechtsträgers ist, kann man eine Verfügungsbeschränkung annehmen; so z. B. in § 399 Halbs. 2 [8]) (im Gegensatz zu Halbs. 1!). § 399 Halbs. 2 ist eine Ausnahme von § 137 Satz 1 [9]).

Raape [10]) faßt § 399 Halbs. 2 nicht als Verfügungsbeschränkung auf; es handele sich um ein höchstpersönliches Recht. M. E. zu Unrecht; denn es ist die Wirkung der rechtsgeschäftlich herbeigeführten Unübertragbarkeit, daß das Recht als „höchstpersönlich" erscheint, nicht aber ist die Unveräußerlichkeit, (wie im Falle des § 399 Halbs. 1) die „höchstpersönliche" Natur (d. h. die Beschaffenheit des Rechtes) der Grund für die Unübertragbarkeit.

c) Von der Beschränkung der „Befugnis" zur Verfügung ist zu unterscheiden der Mangel der „Fähigkeit" [11]); denn die Verfügungsbefugnis ist ein subjektives Recht und als solches nie eine Eigenschaft der Person: Die Person hat Verfügungsmacht in wechselndem Umfange, nämlich grundsätzlich sofern und soweit sie veräußerliche Rechte hat. Die Fähigkeit zur Verfügung ist dagegen stets eine Eigenschaft der Person. Die Beschränkungen, die sich aus der mangelnden Geschäftsfähigkeit ergeben, sind also keine Verfügungsbeschränkungen.

---

7) v. Thur II, 1 S. 365.
8) v. Tuhr II, 1 S. 370.
9) Staudinger-Riezler, Komm. 1926 Bd. I S. 569 zu § 137 (3).
10) S. 171.
11) Mot. Mugdan Bd. III S. 119.

d) Wer ein Recht hat, hat grundsätzlich auch die Verfügungsmacht. Daher kann sie dogmatisch als „Inhalt" des Rechtes aufgefaßt werden[12]).

Von der Beschränkung der Verfügungsmacht sind alle die Tatbestände zu unterscheiden, die den sonstigen Inhalt des Rechtes verkürzen, insbesondere die Fälle des konstitutiven Erwerbes von positiven Herrschaftsrechten, d. h. diejenigen Belastungen, durch welche Befugnisse dem Berechtigten entzogen und in dieser Form auf einen anderen übertragen werden. Denn in diesen Fällen wird zwar der Inhalt des Rechtes verkürzt; an dem Rest jedoch, der dem Berechtigten verbleibt, besteht keine Verfügungsbeschränkung, sondern unbeschränkte Verfügungsmacht (RGE. 90, 237).

Ob der eine oder der andere Fall vorliegt, kann zweifelhaft sein. Ein theoretisches Kriterium ist stets, ob dem Recht, das dem Betroffenen entzogen wird, ein gleiches Recht des Geschützten entspricht; die Verfügungsbeschränkung gewährt nämlich demjenigen, zu dessen Gunsten sie besteht, nie ein Recht zu einem aktuellen Können[13]). Wo ein solches Recht erscheint, ist möglicherweise noch außerdem eine Verfügungsbeschränkung auf Seiten des Betroffenen vorhanden; aber insoweit nur das Herrschaftsrecht, das ein Recht zu einem aktuellen Können gewährt, auf der Passivseite eine Beschränkung in der Verfügung erzeugt, ist diese niemals eine echte Verfügungsbeschränkung (s. unten).

Beispiel: Der Eigentümer, dessen Recht durch ein Pfandrecht inhaltlich verkürzt und in diesem Sinne „belastet" wird, erleidet keine Verfügungsbeschränkung im technischen Sinne; denn außer der Verfügungsmacht ist ihm ein Teil des sonstigen Rechtsinhaltes entzogen, sodaß er in Ansehung des Restes nicht in der Verfügung beschränkt ist (RG. 90, 237). Zweifelhaft kann aber der Fall des § 161 sein. Es muß darauf eingegangen werden, weil Anwendungsfälle der Verfügungsbeschränkung zur Erkenntnis ihrer Wirkungen unentbehrlich sind.

Es handelt sich um folgenden Fall: A hat unter aufschiebender Bedingung eine bewegliche Sache an B veräußert. Jede Verfügung, die er während der Schwebezeit der Bedingung trifft, ist im Falle des Eintrittes der Bedingung insoweit unwirksam,

---

12) v. Tuhr Allgem. Teil Bd. I S. 62; KGJ. Bd. 52 S. 127; a. A.: Rosenberg, Komm. z. Sachenr. 1919 S. 234 (b α); Knauer a. a. O. S. 14 f.
13) Dölle a. a. O. S. 500.

als sie den lastenfreien Eigentumserwerb des B beeinträchtigen würde. Ist das eine Verfügungsbeschränkung?

Die Beschränkung, die sich aus der Verkürzung des Rechtsinhaltes mitsamt der dem entzogenen Rechtsinhalt entsprechenden Verfügungsmacht (z. B. Belastung mit Nießbrauch), also aus positiven Herrschaftsrechten ergeben, sind keine Verfügungsbeschränkungen, sondern nur Folgen der mangelnden Rechtszuständigkeit (s. ob. I. a). Raape[14]) verwendet auch für solche Fälle den Ausdruck „Verfügungsbeschränkung"; denn nach ihm ist „die Verfügungsbeschränkung . . . . in § 161 lediglich die Folge der beschränkten Rechtszuständigkeit"[15]). Wenn das richtig ist, wäre sie nach der hier vertretenen Ansicht also keine Verfügungsbeschränkung.

M. E. kann man dem § 161 nicht damit beikommen, daß man ihn als „Spiegelbild", „Konsequenz der Rechtsbeschränkung"[16]) erklärt. Der Ausgangspunkt Raape's: Daß der vorübergehende Rechtsträger . . . . auch nur vorübergehend übertragen"[17]) kann, ist richtig; aber damit müßte Raape für den vorliegenden Fall die genau entgegengesetzte Folgerung ziehen; denn:

Wenn A unter aufschiebender Bedingung über sein Recht zu Gunsten des B verfügt, so steht das Recht des A fortan unter einer auflösenden Bedingung. Ueber das auflösend bedingte Recht kann A noch zu Gunsten des C verfügen; denn er ist während Schwebens der Bedingung noch Berechtigter; über die vorübergehende Rechtsposition müßte er verfügen können, aber eben nur vorübergehend; d. h. A müßte dem C (nur) ein auflösend bedingtes Recht verschaffen können.

An wen müßte beim Eintritt der Bedingung das Recht des C fallen? An den, der es von diesem Zeitpunkt an haben soll, nämlich an den aufschiebend bedingt Berechtigten, also an B. Also müßte B Rechtsnachfolger des C werden! D. h.: Wenn Raape's Ansicht richtig ist, müßte also jedenfalls der aufschiebend bedingt Berechtigte (B) Rechtsnachfolger desjenigen werden, der das Eigentum im Zeitpunkt des Eintrittes der Bedingung hatte (C).

§ 161 zeigt jedoch eine gänzlich abweichende Regelung: Der unter aufschiebender Bedingung Berechtigte kann sich seines

14) S. 136.
15) S. 138.
16) S. 136 f.
17) S. 138.

Rechtes endgültig überhaupt nicht entäußern; tritt die Bedingung ein, so wird es so angesehen, als ob er kein Verfügungsgeschäft vorgenommen hätte. Der unter aufschiebender Bedingung Berechtigte (B) wird also Rechtsnachfolger stets seines Kontrahenten (A), nicht desjenigen, der durch die Verfügung seines Gegners ein Recht erworben hatte (C). Und diese Regelung des § 161, daß A sich seines Rechtes endgültig nicht entäußern kann, ist kein Korrelat, kein Widerschein des Anwartschaftsrechtes des bedingt Berechtigten (B), sondern nur mit Hilfe eine Verfügungsbeschränkung erklärbar [18]).

Ebenso ist es im Falle des § 2113. Beide Bestimmungen enthalten echte Verfügungsbeschränkungen: Das Anwartschaftsrecht wird geschützt durch eine Verfügungsbeschränkung.

e) Die Verfügungsbefugnis ist ein subjektives Recht, d. h. eine aus dem objektiven Recht abgeleitete Macht zur Willensbetätigung. Die Verfügungsbeschränkung ist daher eine Beschränkung des rechtlichen Könnens [19]).

Diese Beschränkung des rechtlichen Können äußert sich in einem für alle Verfügungsbeschränkungen zutreffenden Merkmal: Ist der Betroffene in der Verfügung beschränkt, so kann er den Gegenstand, auf den sich die Verfügungsbeschränkung bezieht, nicht aus seinem Vermögen entfernen. Er bleibt immer Berechtigter, entweder allen gegenüber (absolut: §§ 399, 400) oder nur bestimmten Personen gegenüber (§§ 135, 136) oder schwebend bis zum Eintritt oder Ausfall eines Ereignisses (§§ 161, 113). Die Rechtszuständigkeit kann also von dem Betroffenen nicht geändert werden (RGE. 90, 237).

Ist dagegen eine Sache oder ein Recht mit einem positiven Herrschaftsrecht belastet, so ist der Berechtigte nicht gehindert, die Rechtszuständigkeit zu verschieben (Kober § 876, I). Ist z. B. die Reallast des A mit einem Nießbrauch für B belastet, so kann A mit Wirkung für jeden die Reallast an C abtreten.

Es ist kein zutreffender Einwand, daß der von der Vormerkung Betroffene nicht gehindert sei, über das Recht tatsächlich zu verfügen. Er kann einen Tatbestand setzen; das ist aber keine Folge eines rechtlichen, sondern eines nur natürlichen Könnens. Auch die Ehefrau, die infolge des ordentlichen gesetz-

---

18) Mot. Mugdan Bd. III S. 121 (b).
19) v. Tuhr II, 1 S. 366.

lichen Güterstandes in der Verfügung beschränkt ist, auch der von einem gerichtlichen Veräußerungsverbot Betroffene kann grundsätzlich einen Verfügungstatbestand setzen.

III. Rechtsstellung des Geschützten.

Die Rechtsstellung des durch die Verfügungsbeschränkung Geschützten wird von vielen Autoren[20]), die diesen Stoff behandeln, nicht zergliedert. Sie betrachten nur die Passivseite des Rechtsinstitutes.

Das Bürgerliche Gesetzbuch sieht die Rechtsstellung des Geschützten nicht als subjektives Recht an. Es meidet den einfachen Ausdruck „Berechtigter" und spricht statt dessen von demjenigen, dessen „Schutz" bezweckt ist (§ 135, II) oder von demjenigen, der in der Verfügung über ein Recht „zu Gunsten einer bestimmten Person" beschränkt ist (§ 892 Abs. 1 S. 2) oder von einem durch Veräußerungsverbot „gesicherten" Anspruch (§ 888 Abs. 2).

Es ist durchaus denkbar, daß die Rechtsordnung Ansprüche oder sonstige rechtliche Interessen in anderer Weise als durch Gewährung subjektiver Rechte schützt, z. B. dadurch, daß sie jeder das geschützte Interesse beeinträchtigenden Verfügung die Sanktion entzieht.

So stellt denn v. Tuhr[21]) die Verfügungsbeschränkung als Beschränkung den Belastungen gegenüber. Auch § 894 stellt „Belastung" neben „Beschränkung". Der Unterschied liegt nach v. Tuhr darin, daß der Beschränkung im Gegensatz zur Belastung kein aus dem beschränkten Recht abgeleitetes Recht entspricht. So enthält nach ihm[22]) z. B. eine Verfügungsbeschränkung oder ein Veräußerungsverbot keine „Belastung" des Eigentums.

Die Auffassung des Gesetzes ist nicht verbindlich; denn es handelt sich hier um eine dogmatische Frage, und das Gesetz ist nicht dogmatisch.

Wenn einer Person zugunsten einer anderen die Verfügungsbefugnis über ein Recht entzogen ist (relative Verfügungsbeschränkung), so können wir deren Rechtsstellung als subjektives

---

20) z. B. Enneccerus, Lehrb. § 135; Reichel, Vormerkung in Jher. Jahrb. Bd. 46. S. 59 ff. (122 f.); Voss, Jher. Jahrb. Bd. 60 S. 293 ff.; Raape a. a. O.

21) Bd. I, Allgem. Teil S. 60; insbes. S. 62 Note 17.

22) Bd. I, 1910 S. 62 Note 17.

Recht auffassen[23]; nicht als Recht des rechtlichen Dürfens; denn die Verfügungsbeschränkung gewährt keine Ansprüche und legt keine Verpflichtungen auf. Das Korrelat der Beschränkung des Betroffenen ist vielmehr ein negatives Herrschafts-recht des Geschützten.

Diese Kategorie von Rechten ist von Seckel[24]) aufgestellt, von M. Wolff[25]) aufgenommen und von Dölle[26]) näher analysiert. Der durch die Verfügungsbeschränkung Geschützte erhält nicht seinerseits das Recht, über den Gegenstand zu verfügen; die Regelung der Bestimmungen über die Verfügungsbeschränkungen zeigt niemals eine derartige Folge:

So ist z. B. gemäß § 161 der unter aufschiebender Bedingung Verfügende während Schwebens der Bedingung in der Verfügung beschränkt; der aufschiebend-bedingt Berechtigte erhält aber keine Verfügungsbefugnis über das (auflösend-bedingte) Recht. Der Nacherbe kann über Erbschaftsgegenstände nicht verfügen. Wo ein Verfügungsrecht erscheint, ist es nicht Ausfluß der Verfügungsbeschränkung, sondern eines besonderen Verfügungsrechtes. Beispiel: § 6 Abs. 2 KO., der das Verfügungsrecht des Konkursverwalters festsetzt, ist nicht selbstverständlich, d. h. keine Folgerung aus § 6 Abs. 1 KO., der die Verfügungsbeschränkung des Gemeinschuldners anordnet. Das Verfügungsrecht des Ehemannes gemäß § 1376 folgt nicht aus den §§ 1395 bis 1398, sondern es ist zu erklären als ausnahmsweiser (d. h. Ausnahme von § 1375 Abs. 2) Ausfluß des Verwaltungsrechtes des Ehemannes am Eingebrachten.

Daraus folgt also, daß die Verfügungsbeschränkung kein aktuelles „Können" enthält[27]; der Geschützte beherrscht die Verfügungsmacht des Betroffenen; aber nicht positiv derart, daß er selbst verfügen könnte, sondern nur negativ in der Weise, daß der andere seine Verfügungsbefugnis nicht ausüben kann. Der Inhalt des negativen Herrschaftsrechtes erschöpft sich in den Nichtkönnen[28]) des Gegners zur Verfügung über seine eigenen Rechte. Das Schwergewicht des sogen. negativen Herrschaftsrechtes liegt also auf der Passivseite[28]). Die Herrschaft hat zum Gegenstand die

23) Dölle a. a. O. S. 500.
24) Seckel, Gestaltungsrechte im Bürgerl. Recht, Festgabe für Koch 1903 S. 250.
25) Lehrb. d. Sachenrechts § 48 a. E.
26) Theoret. Jurisprud. in Nordamerika, in Gruch. Beitr. Bd. 68 S. 500.
27) Dölle a. a. O. S. 500.
28) Dölle a. a. O. S. 500.

Verfügungsbefugnis; zum Inhalt das Nichtverfügenkönnen des Gegners.

IV. Rechtsnatur der negativen Herrschaftsrechte.

Es ist wichtig zu wissen, inwieweit eine Verfügungsbeschränkung ein Sachenrecht ist; denn davon hängt es ab, ob die Vorschriften über die dinglichen Rechte an Grundstücken oder Grundstücksrechten sich auf die Vormerkung anwenden lassen müssen.

Alle sogen. negativen Herrschaftsrechte sind absolute Rechte; denn sie können Dritten gegenüber durchgesetzt werden. Dagegen bilden sie insofern keine geschlossene Kategorie, als sie nicht alle Sachenrechte sind: Das negative Herrschaftsrecht des Ehemannes am eingebrachten Gut der Frau erfaßt die Sachen der Frau nur sofern und soweit sie zum Eingebrachten gehören. Es ergreift also nur das Vermögen; die dazu gehörenden Gegenstände nur mittelbar. Es ist also kein Sachenrecht im engeren Sinne, sondern ein Recht am Vermögen. Ebenso ist es bei dem Recht des Nacherben. Die Verfügungsbeschränkung des § 161 ist u. U., die des § 399 Halbs. 2 stets ein Recht an einem obligatorischen Rechte.

Es können als dingliche Rechte im engeren Sinne überhaupt nur diejenigen Verfügungsbeschränkungen in Frage kommen, deren Beziehungsgegenstand die Verfügungsmacht über eine Sache oder ein Sachenrecht ist, also z. B. das gerichtliche Verbot, eine Sache oder ein Sachenrecht zu veräußern (§ 136), oder das negative Herrschaftsrecht desjenigen, der unter aufschiebender Bedingung (§ 161) eine Sache oder ein Sachenrecht erworben hat. Es fragt sich, inwieweit man hier von einem Sachenrechte sprechen kann. Hierbei ist ein Unterschied zu beachten: Ein Sachenrecht ist entweder ein „Recht an der Sache“ oder ein „Recht an einem Sachenrecht“. Demnach sind zwei Fälle zu behandeln:

1. „Das Veräußerungsverbot verbietet dem A eine Sache zu veräußern“.

a) Jedes Recht an einer fremden Sache ist eine Beschränkung[29]), d. h. inhaltliche Verkürzung und in diesem Sinne „Belastung“ des Eigentums unmittelbar. Einige der Befug-

29) v. Tuhr Bd. I S. 135.

nisse, die das Eigentum enthält, sind herausgenommen oder dadurch verkürzt, daß der Eigentümer die Ausübung des fremden Rechtes dulden muß [30]). Daß das Recht, das aus dem Eigentum des anderen genommen, in dieser Form einem anderen gegeben wird, ist dem Begriff „Sachenrecht" nicht essentiell. Das Wesen der „Dinglichkeit" liegt vielmehr darin, daß Befugnisse, die Inhalt des Eigentums sind, derart unmittelbar von dem Recht des anderen erfaßt, „beherrscht" werden, daß dieses Recht Dritten gegenüber gesichert ist, daß es mit der Sache verbunden erscheint; daß es „jeden Eigentumswechsels unerachtet auf Anstehen des Berechtigten . . . . aus der Sache oder an der Sache realisiert werden" [31]) kann. „Hierin ist die Belastung der Sache selbst, deren Unterwerfung unter das Recht begründet [31])."

b) Die Verfügungsmacht als das subjektive Recht, die Sachherrschaft ganz oder teilweise auf einen anderen zu übertragen, ist Inhalt des Eigentums. Zu Unrecht sehen Rosenberg [32]) und Knauer [33]), ohne Begründung, die Verfügungsbefugnis nicht als Teil des Rechtsinhaltes an; zu Unrecht; denn: Was uns regelmäßig mit einem Recht verbunden erscheint, können wir als Eigenschaft, als Inhalt desselben auffassen [34]). In der historisch überlieferten Systematik erscheint die Verfügungsmacht als Nebenbestandteil des Rechtes [35]) und demgemäß als sein Inhalt. „Ein besonderes Recht der Verfügung zu statuieren, ist in diesen Fällen dogmatisch zwecklos [36])." Die Verfügungsmacht nimmt dogmatisch unter den sonstigen Befugnissen, die innerhalb der Rechte zu unterscheiden sind, keine Ausnahmestellung ein.

Das negative Herrschaftsrecht, dessen Beziehungsgegenstand die Sache selbst ist, verkürzt inhaltlich und belastet in diesem Sinne das Eigentum; es ist also ein „Recht an der Sache"; es erscheint durch die Beschränkung der Verfügungsmacht des Eigentümers so gesichert und gegen Dritte durchsetzbar, daß nicht einzusehen ist, warum es nicht als „Sachenrecht" bezeichnet werden sollte.

2. Es gibt auch Fälle, wo der Beziehungsgegenstand der Verfügungsbeschränkung die Verfügungsmacht über ein begrenz-

30) Ebenda.
31) Dernburg, Preuß.-Priv.-R. 1884 Bd. I S. 449.
32) Rosenberg, Komm. Sachenr. 1919 S. 234 (b α).
33) Knauer S. 14 f.
34) KG. J. Bd. 52 S. 127.
35) v. Tuhr Allgem. Teil. Bd. I S. 62.
36) v. Tuhr ebenda S. 164.

tes Sachenrecht, kurz ein Sachenrecht ist: Das Veräußerungsverbot verbietet dem A, über seine Hypothek zu verfügen. Also ein negatives Herrschaftsrecht an einem Sachenrecht. Es fragt sich, inwiefern dieses Recht selbst wieder ein Sachenrecht ist.

Diese Frage ist identisch mit der allgemeinen, bestrittenen [37]), ob ein Recht an einem Sachenrecht selbst wieder ein Sachenrecht ist. Diese Frage ist zu bejahen: Statt aller die sehr klaren Ausführungen bei M. Wolff a. a. O., die von allgemeingültiger Bedeutung sind:

Die Befugnisse, die das beschränkte Sachenrecht (a) gewährt, sind aus dem Eigentum an der Sache abgeleitet. Die Entstehung eines Rechtes (b) an einem Sachenrecht (a) ist konstruktiv so zu erklären, daß ein Teil der in diesem Sachenrecht (a) enthaltenen Befugnisse auf den neuen Berechtigten übergeht oder sonst gemindert, also jedenfalls „beherrscht" wird.

Diese Befugnisse sind aber solche, die aus dem Eigentum an der Sache stammen. Also erhält derjenige, der das Recht an dem begrenzten Recht (a) hat, Befugnisse, die letztlich aus dem Eigentum an der Sache abgeleitet sind, mithin einen Ausschnitt aus dem Eigentum. Also muß das negative Herrschaftsrecht an einem Sachenrecht selbst ein Sachenrecht sein.

V. Wirkung der Verfügungsbeschränkungen.

1. Die Beschränkung der Verfügungsmacht äußert sich darin, daß das Gesetz den Verfügungen die Sanktion entzieht [38]). Sie sind „unwirksam". Die „Unwirksamkeit" unterscheidet sich von der Nichtigkeit dadurch, daß sie im Gegensatz zu dieser geheilt werden kann: Stets durch Genehmigung dessen, der durch die Verfügungsbeschränkung betroffen erscheint [39]) und regelmäßig [40]) durch Wegfall des Hindernisses der Wirksamkeit. Von der Anfechtbarkeit unterscheidet sich die Unwirksamkeit dadurch, daß diese, soweit sie besteht, nicht erst durch einen Willensakt einer Person herbeigeführt wird [41]).

---

37) Literatur bei Enneccerus, Allgem. Teil § 70, I, 5; M. Wolff, Lehrb. d. Sachenrechts § 120, I.

38) Raape, Das gesetzl. Veräußerungsverbot S. 15 ff.

39) Reichel, Jher. Jahrb. Bd. 46 S. 111.

40) Ausnahme z. B. § 1396 Abs. 3.

41) v. Tuhr, II, 1 S. 327.

2. Ob die Unwirksamkeit nun eine absolute oder eine relative ist, ist eine Frage positiv-rechtlicher Ausgestaltung, die davon abhängt, inwieweit das Gesetz die Verfügungsbefugnis beschränken will, nicht aber ein wesentliches Merkmal; denn die Unwirksamkeit ist z. B. in § 135 als subjektiv-relative, in den §§ 1398, 399 Halbs. 2, 161 Abs. 1 als absolute, in § 1396 als sogen. schwebende Unwirksamkeit ausgestaltet. Der Grund dieser verschiedenen gesetzgeberischen Behandlung ist nicht einheitlich.

3. Es kann daher für die hier zu behandelnden Fragen dahingestellt bleiben, wie die sogen. relative Unwirksamkeit rechtlich zu konstruieren ist, und welche Merkmale ihr wesentlich sind: Weist ein Tatbestand die Merkmale des negativen Herrschaftsrechtes auf, und ist eine Verfügung über das Recht, auf das dieser Tatbestand sich bezieht, unwirksam in dem oben dargelegten Sinne, so liegt eine Verfügungsbeschränkung vor; unerheblich ist dabei die Ausgestaltung der Unwirksamkeit.

§ 2.

Verfügungsbeschränkung und Veräußerungsverbot.

I. Die vorliegende Aufgabe würde nicht dazu nötigen, den Begriff des Veräußerungsverbotes zu analysieren und von der Verfügungsbeschränkung abzugrenzen, wenn nicht gerade die (verfehlte) Identifizierung beider Rechtsinstitute ein Argument gegen die Annahme lieferte, daß die Vormerkung eine Verfügungsbeschränkung ist.

Man gebraucht nämlich Verfügungsbeschränkung und Veräußerungsverbot synonym, weist darauf hin, daß Vormerkung und Veräußerungsverbot in § 888 gegenübergestellt[42]), im Konkurse und in der Zwangsversteigerung verschieden behandelt werden und zieht daraus den Schluß, daß die Vormerkung kein Veräußerungsverbot, d. h. keine Verfügungsbeschränkung sein kann.

Diese Argumentation kann nur beweisen, daß die Vormerkung kein Veräußerungsverbot sein kann, nicht dagegen, daß sie keine Verfügungsbeschränkung in dem oben entwickelten Sinne ist.

---

42) RG. Bd. 113 S. 407; Philipsen S. 25.

1. Die Bestimmungen, die für die verschiedene Behandlung von Vormerkung und Veräußerungsverbot herangezogen werden, sind die §§ 135, 136 und 883, 885 hinsichtlich der verschiedenen Voraussetzungen beider Rechtsinstitute und die §§ 13 KO., 772 ZPO. für die verschiedenen Wirkungen.

§§ 13 KO. und 772 ZPO. erklären sich nur anwendbar auf die Veräußerungsverbote der in „§§ 135, 136 des Bürgerlichen Gesetzbuches bezeichneten Art". Für diese Bestimmungen reduziert sich das Problem also auf die Frage, ob die Vormerkung ein in §§ 135/136 bezeichnetes Veräußerungsverbot ist.

2. § 888 stellt Vormerkung und Veräußerungsverbot gegenüber. § 888 Abs. 2 verweist dabei nicht auf §§ 135, 136. Für diese Bestimmung kann aber ebenfalls nur ein Veräußerungsverbot der in §§ 135, 136 bezeichneten Art in Frage kommen; denn: § 888 ist eine notwendige Folge der Konstruktion der relativen Unwirksamkeit; logischerweise kann das Grundbuch, wie unten § 10 ausgeführt, nicht dadurch im Sinne des § 894 unrichtig werden, daß z. B. jemand entgegen einem Veräußerungsverbot der in §§ 135, 136 bezeichneten Art ein Recht erwirbt, da das Grundbuch selbst sowohl den Rechtserwerb gegen jedermann als auch die Unwirksamkeit gegenüber der zu schützenden Person verlautbart. Der Geschützte kann nicht § 894 für sich in Anspruch nehmen. Nur wo das Gesetz die Verfügung entgegen einem Veräußerungsverbot für absolut, d. h. gegenüber jedermann unwirksam erklärt, kann das Grundbuch absolut falsch werden. Hier steht dem Geschützten nicht § 888 zu Gebote, wie ebenfalls unten ausgeführt ist.

Nun gibt es aber nur einen einzigen Fall, in dem ein Veräußerungsverbot relative Unwirksamkeit der Verfügung zur Folge hat, nämlich §§ 135, 136 BGB. Also kann § 888 Abs. 2 nur Bezug nehmen auf diese Bestimmungen [43]).

Daraus folgt zunächst, daß es einen allgemeinen Begriff des Veräußerungsverbotes im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht gibt. Es kennt nur gesetzliche und behördliche Veräußerungsverbote.

3. Das oben berührte Problem, das das Argument geben soll, muß also präziser lauten: Ist die Vormerkung ein Veräußerungsverbot der in den §§ 135, 136 bezeichneten Art? Da aber die Verneinung dieser Frage

---

43) Rosenberg, Komm. zum Sachenr. 1919 S. 370, IV; Staudinger-Kober zu § 888 (IV); Komm. d. RGR. § 888 (3).

für die vorliegende Aufgabe Folgerungen nur zuläßt, wenn dieses Veräußerungsverbot (§§ 135 f.) identisch ist mit „Verfügungsbeschränkung", so muß untersucht werden, inwieweit diese beiden Begriffe sich decken.

II. 1. Jedes Veräußerungsverbot ist eine Verfügungsbeschränkung. Das ist unbestreitbar und, soweit ich sehe, auch unbestritten.

2. Der Unterschied liegt nicht in der Unterscheidung von „Veräußerung" und „Verfügung", die das Bürgerliche Gesetzbuch eingeführt hat. „Veräußerungsverbot" heißt vielmehr „Verfügungsverbot"[44]); denn es besteht kein vernünftiger Anlaß, diejenigen Verfügungen, die nicht Veräußerungen sind, als Gegenstände des Verbots auszunehmen.

3. Die Entstehungsgeschichte ergibt nichts über das Verhältnis der beiden im Bürgerlichen Gesetzbuch gebrauchten Begriffe. Im E. I umfaßte der sehr weite Begriff „Veräußerungsverbot" rechtsgeschäftliche, richterliche und gesetzliche Veräußerungsverbote. Diese Terminologie ist aufgegeben: § 837 E. I = § 810 E. II, die dem heutigen § 892 entsprechen, enthielten den Ausdruck „Veräußerungsverbot". Die Fassung wurde geändert, „um auch diejenigen Beschränkungen zu treffen, die sich für den eingetragenen Berechtigten aus dem Recht eines Testamentvollstreckers und eines Nacherben" ergeben[45]). Es war also schon zweifelhaft, ob jede Verfügungsbeschränkung ein Veräußerungsverbot sei.

III. In allen[46]) Fällen des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat das Wort „Verbot" den logisch richtigen Sinn. Es ist also davon auszugehen, daß das Veräußerungsverbot ebenfalls ein echtes Verbot ist. Faßt man den Begriff in diesem Sinne auf, so ergibt sich ein Problem: Im Bürgerlichen Gesetzbuch findet sich dann nicht ein einziger Anwendungsfall des gesetzlichen Veräußerungsverbotes nach § 135[47]).

1. Alle Beispiele, die angeführt werden, treffen nicht zu. So enthält z. B. § 2211 kein Verbot, sondern nur eine Verfügungs-

---

44) Reichel, Jher. Jahrb. Bd. 46. S. 149.

45) Prot. Mugdan Bd. III S. 540 (2).

46) §§ 134, 309, 817, 819 Abs. 2, 1327, 1837 Abs. 1; 2171 (Wortverzeichnis von Gradenwitz).

47) v. Tuhr II, 2 S. 9; Jaeger, Komm. z. KO. 1913 § 13, I, 3 Henle 1926 S. 197: „Um Beispiele für solche gesetzlichen Verbote ist man verlegen."

beschränkung [48]). Die §§ 1395, 1396 sind reine Verfügungsbeschränkungen in dem in § 1 dargelegten Sinne [49]); und warum soll in § 400 [50]) ein Verbot, in § 399 nur eine Verfügungsbeschränkung liegen? Die Vorschrift des § 6 KO., die dem Gemeinschuldner die Verfügung über die Konkursmasse entzieht, kann nicht als Verbot bezeichnet werden [51]).

In allen Fällen handelt es sich um Rechtssätze anderer Art [52]); ebensowenig wie das Gesetz den Abschluß sonstiger ungültiger Rechtsgeschäfte für normwidrig erklärt, verbietet es hier die äußere Vornahme [52]).

2. Es fragt sich, ob man, um ein Anwendungsgebiet zu schaffen, den Begriff des Veräußerungsverbotes entgegen der Terminologie anders fassen darf. Das ist zu verneinen. Es würde auf Kosten der Logik und der Terminologie gehen, ohne daß ein Bedürfnis nachgewiesen ist. Außerdem müßte gleichzeitig auch der Verbotscharakter des richterlichen Veräußerungsverbotes geleugnet werden; dieses ist jedoch m. E. zweifellos, wie noch zu zeigen, ein echtes Verbot. Ferner: Keine der oben genannten Verfügungsbeschränkungen macht die kollidierende Verfügung relativ unwirksam [53]). Das Gesetz selbst bezeichnet aber in § 135 die relative Unwirksamkeit als Merkmal der gesetzlichen Veräußerungsverbote. Außerdem ist zu bedenken, daß die positiven Vorschriften über das Veräußerungsverbot auf die oben (III, 1) genannten Beschränkungen anwendbar sein müßten. Also müßten alle im Konkurse (§ 13 KO.) ihre Wirkung verlieren. Davon kann indessen nicht die Rede sein. Wie sollte, um ein Beispiel zu geben, die Beschränkung des Vorerben durch das Recht des Nacherben unwirksam werden können [54])? Warum soll der Konkursverwalter sich über die Beschränkung des § 400 oder des § 399 Halbs. 2 hinwegsetzen können? Auch § 888, soweit er von dem Veräußerungsverbot spricht, ist auf die Vorerbschaft nicht anwendbar, denn § 888 hat seinem Sinne nach nur Berechtigung wegen der Konstruktion der relativen Unwirksamkeit. Auf die Vorerbschaft findet § 894, nicht § 888 Anwendung: Der

48) Staudinger-Riezler 1926 S. 135 (9); v. Tuhr Allg. T. II, 2 S. 9 Anm. 62; Voß, Jher. Jahrb. Bd. 60 S. 333.
49) v. Tuhr a. a. O. Anm. 63.
50) wie anscheinend Enneccerus Allg. T. § 135 Anm. 2 meint.
51) v. Tuhr, Allgem. Teil II, 2 S. 9 Anm. 62.
52) a. a. O. S. 9.
53) v. Tuhr II, 2 S. 9.
54) § 2115! KG. J. Bd. 52 S. 129.

Vorerbe hat den Berichtigungsanspruch aus § 894! Also muß es dabei bleiben, daß es im Bürgerlichen Gesetzbuch keinen Anwendungsfall des § 135 gibt.

3. Enneccerus[55]), Raape[56]) u. a. heben hervor, daß die Besonderheit der gesetzlichen Veräußerungsverbote in ihrem „singulären" Charakter liegt. Damit wird m. E. ein richtiger Kern gestreift. Ueber das Wesen der „Singularität" ist damit aber nichts ausgesagt.

Bei den Veräußerungsverboten nach §§ 135 f. handelt es sich um Verbote im logischen Sinne[57]). Das Gesetz, das Gericht tritt hier auf mit einem Befehl[58]). Das Gericht handelt, wenn es ein Veräußerungsverbot erläßt, nicht allein, um einen fehlenden Parteiwillen, eine Willenserklärung zu ersetzen, sondern als die Obrigkeit, die gefährdete rechtliche Interessen schützen und hierzu einen Zustand provisorisch regeln will; der Betroffene soll diesen bis zur endgültigen Regelung nicht ändern. Man muß nur die schneidigen §§ 938 ZPO. und 106 KO. lesen! Einwandfrei ergibt sich aus diesen Paragraphen, daß das Charakteristische des Verbotes die „Zwangsnatur", der „Beschlagnahmeschutz" ist. Das Veräußerungsverbot enthält also eine Beschränkung des rechtlichen Dürfens. Sein Beziehungsgegenstand ist der „Abschluß" von Rechtsgeschäften[59]), d. h. die Tatbestandssetzung. Die Singularität dieser Beschränkungen liegt nun nicht darin, daß eine Behörde mitwirkt, sondern sie liegt in ihrer öffentlich-rechtlichen Natur. Das Verbot, der Befehl legt dem Betroffenen die dem öffentlichen Recht angehörende Pflicht auf, den Abschluß von Rechtsgeschäften zu unterlassen.

Aus dem Verbote entspringen für den Geschützten aber keine Ansprüche; natürlich nicht. Das gesetzliche und das diesem in § 136 gleichgestellte richterliche Verbot stellen vielmehr Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 dar. Ich beziehe mich hier nachdrücklich auf v. Tuhr (II, 2 S. 11 Anm. 73).

IV. Im Gegensatz zu den Verfügungsbeschränkungen im weiteren Sinne enthalten die Veräußerungsverbote also öffentlich-rechtliche Beschränkungen der Befugnis, einen Verfügungstatbestand zu verwirklichen. Der öffentlich-rechtliche Charakter

55) Bd. I § 135 Anm. 2.
56) „Das gesetzliche Veräußerungsverbot" S. 22.
57) v. Tuhr II, 2 S. 11 Anm. 73; wohl auch Kober § 892, IV, 2ζ.
58) Sehr richtig Voß a. a. O. S. 332, 363, 320.
59) v. Tuhr II, 2 S. 8.

wirkt sich für den Geschützten nicht darin aus, daß er zu einem aktuellen Dürfen berechtigt wird, daß ihm Ansprüche erwachsen, sondern darin, daß zu seinen Gunsten ein Schutzgesetz entsteht.

Beide Institute decken sich insoweit, als die Veräußerungsverbote stets Verfügungsbeschränkungen enthalten. Verfügungsbeschränkung und Veräußerungsverbot verhalten sich also wie Oberbegriff und Unterbegriff.

Das Schema ist somit: Die Verfügungsbeschränkung im weiteren Sinne zerfällt in Veräußerungsverbote und Verfügungsbeschränkungen im engeren Sinne. Diese sind diejenigen, die „regulären" Rechtes sind. Wenn die Vormerkung nun eine Verfügungsbeschränkung sein soll, so muß sie zu diesen gehören. Daraus folgt, und das war der Zweck der Erörterung, daß Vormerkung und Veräußerungsverbot zwei nebengeordnete Begriffe sein müssen. Diese können aber sehr wohl wie in § 888 gegenübergestellt und rechtlich verschieden behandelt werden!

§ 3.

Die Entstehung der Verfügungsbeschränkungen.

Daß der im § 1 entwickelte Begriff der Verfügungsbeschränkung in § 892 vorausgesetzt wird, kann nicht bestritten werden; denn Testamentsvollstreckerschaft, Vorerbschaft, Konkurseröffnung und gerichtliches Veräußerungsverbot, die alle unter § 892 fallen, haben eben nur den herausgehobenen Kern gemeinsam.

Ein Einwand ist an dieser Stelle jedoch noch zu erörtern. Es wird geltend gemacht [60]), daß für die §§ 892 und 878 nur solche Verfügungsbeschränkungen in Frage kommen, die außerhalb des Grundbuches entstehen können.

I. Für § 892 wird dies von Knauer [61]) und im Anschluß an diesen von Rosenberg [62]) behauptet. Sie berufen sich dabei auf den Wortlaut des § 892; ferner solle der Sinn der Bestimmung das ergeben. Beides ohne nähere Begründung; beides unzutreffend.

1. Der Wortlaut des § 892 spricht nicht dafür; denn: § 892 hat überhaupt nur Sinn bei Unrichtigkeit des Grund-

60) Rosenberg JW. 1926 S. 2621; Raape JW. 1927 S. 1928; Knauer a. a. O. S. 21.

61) Knauer a. a. O. S. 21.

62) Rosenberg, Komm. zum Sachenr. 1919 zu § 892.

buchs [64]). Unrichtigkeit heißt: Abweichung der wirklichen und der buchmäßigen Rechtslage [64]) in Ansehung der Tatbestände, die öffentlichen Glauben genießen [63]). Das Gesetz spricht nur zwischen den Zeilen aus, daß der Erwerber eine bestehende und eingetragene Verfügungsbeschränkung gegen sich gelten lassen muß [65]). Das ist selbstverständlich. Also kann in § 892 Abs. 1 Satz 2 nur der Fall geregelt sein, daß eine bestehende Verfügungsbeschränkung nicht eingetragen ist. Nun sagt Rosenberg, daß darin auch ein Hinweis darauf liegen soll, wie die bestehende Verfügungsbeschränkung entstanden, nämlich, daß sie außerhalb des Grundbuchs entstanden ist.

Rechte an Grundstücken oder an Grundstücksrechten können im allgemeinen durch Rechtsgeschäft außerhalb des Grundbuchs nicht entstehen. Also kann in den Worten des § 892 Abs. 1 Satz 1 „. . . es sei denn, daß ein Widerspruch eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist" nicht gleichzeitig ausgedrückt sein, daß die falsche Rechtslage durch außergrundbuchmäßige Vorgänge herbeigeführt worden ist; d. h., ein Schluß auf die Entstehung der falsch oder nicht gebuchten Rechte ist unzulässig, weil oft falsch.

Beispiel: Die gemäß § 873 bestellte Hypothek des A am Grundstück des B wird versehentlich gelöscht. Die Hypothek besteht weiter. Ein Widerspruch ist nicht eingetragen. C, der die Hypothek nicht kennt, erwirbt von B das Eigentum an dem Grundstück. Das ist der Fall des § 892 Abs. 1 Satz 1. Die Hypothek des A konnte überhaupt nicht außerhalb des Grundbuches für A entstehen. Also kann die Fassung des § 892 Abs. 1 Satz 1 auch keinen Kinweis auf die Entstehung der nicht eingetragenen Rechte, die das Grundbuch falsch machen, enthalten.

Die Wortlaute von Satz 1 und Satz 2 weichen nun in den entscheidenden Teilen insofern voneinander ab, als es in Satz 2 statt: „ein Widerspruch eingetragen . . ." (S. 1) heißt: „Die Beschränkung aus dem Grundbuch ersichtlich . . . ist."

In dieser Verschiedenheit müßte der von Rosenberg behauptete Hinweis liegen.

Wenn nun das Grundbuch unrichtig, also die Verfügungsbeschränkung nicht eingetragen ist, so kann sie nach § 894 Abs. 1 in Verbindung mit § 899 nur durch Widerspruch ersichtlich

---

63) Knauer S. 36 f.
64) RG. 61, 202.
65) Heinrich S. 56.

gemacht werden. Also bedeuten die zitierten Wendungen in S. 1 und S. 2 genau dasselbe. Wenn nun aus S. 1 kein Schluß auf die Entstehung der Rechte gezogen werden darf, so ist nicht einzusehen, wieso aus S. 2 etwas für die Entstehung der negativen Herrschaftsrechte entnommen werden kann.

2. Rosenberg beruft sich ferner auf den Sinn des § 892. Die Ansicht hat keinen inneren Grund für sich. Rosenberg macht vielmehr die Tatsache, daß nach heutigem Recht die meisten Verfügungsbeschränkungen nicht spezifisch sachenrechtliche (liegenschaftsrechtliche) Tatbestände sind, zu einem wesentlichen Merkmal der negativen Herrschaftsrechte. — Daß die Ansicht aber positiv unrichtig sein muß, mag folgendes Beispiel zeigen:

Die rechtsgeschäftliche Ausschließung der Abtretbarkeit eines Rechtes ist eine relative Verfügungsbeschränkung [66]).

A hat dem B eine Hypothek bestellt (§§ 1113, 873). Später verabreden beide, daß das Recht nicht abtretbar sein könne. Eine solche Vereinbarung ist nach § 413 in Verb. mit § 399 möglich. Da die Verfügungsmacht über die Hypothek aber zu ihrem Inhalt gehört, stellt die Abrede eine Inhaltsänderung dar, zu welcher nach § 877 Einigung und Eintragung erforderlich ist. Also entsteht die Verfügungsbeschränkung erst, wenn beide Erfordernisse vorliegen. Die Verfügungsbeschränkung wird in das Grundbuch eingetragen, aber versehentlich gelöscht. Dadurch geht sie nicht unter; B, der die Löschung erfährt, überträgt die Hypothek (mit der Forderung: § 1153 Abs. 2) an C, der von der Verfügungsbeschränkung keine Kenntnis hat. Wie ist die Rechtslage? Es trifft zweifellos § 892 Abs. 1 S. 2 zu [67]), obwohl die Verfügungsbeschränkung erst durch die Eintragung zur Entstehung kommt. Es liegt rechtlich genau so, wie wenn der Konkurs über das Vermögen des B eröffnet, der Konkursvermerk aber noch nicht eingetragen wäre!

II. Raape [68]) vertritt im Anschluß an Rosenberg (a. a. O.) ebenfalls die Ansicht, daß für § 878 nur solche Verfügungsbeschränkungen in Frage kommen, die außerhalb des Grundbuchs entstehen können. Dazu ist wiederum zu sagen, daß man eine zufällige Besonderheit, die mit dem Begriff der Verfügungsbeschränkung überhaupt nichts zu tun hat, zu einem wesentlichen

---

66) v. Tuhr II, 1 S. 370; Staudinger-Riezler, Komm. 1926 zu § 137 (3) S. 569.

67) Kober § 892 (IV, 2 γ).

68) in JW. 1927 S. 1928.

Merkmal der Verfügungsbeschränkungen im Liegenschaftsrecht macht, im Grunde eine petitio principii.

Raape meint im Hinblick auf § 878: „§ 878 will ein der Wirksamkeit der Eintragung sich in den Weg stellendes Hindernis aus dem Wege räumen. Das kann sich aber nicht auf ein Hindernis beziehen, das seinerseits wiederum die Folge einer zweiten Eintragung, einer Zwischeneintragung ist, deren Rechtsbeständigkeit[69]) von einer anderen Gesetzesvorschrift bejaht wird. Indem das Gesetz die rechtliche Wirksamkeit der Zwischeneintragung der Vormerkung bejaht, erkennt es folgerecht auch ihren entscheidenden Einfluß[69]) auf die noch ausstehende Eintragung an."

Das beweist nichts. Raape macht das Ziel der Fragestellung: „Hat die Zwischeneintragung, die Eintragung der Vormerkung Bestand?" zu der Voraussetzung. Entstanden ist die Vormerkung. Ob aber eine Zwischeneintragung gegenüber einer anderen späteren Eintragung rechtsbeständig ist, hat das Gesetz nirgendwo anders beantwortet als in § 878.

Der Regel des § 878 liegt ein praktischer, vernünftiger Gedanke zu Grunde. Sie hat m. E. folgenden inneren Grund: § 878 ist, ebenso wie § 137 S. 1, der Ausdruck einer Abneigung des praktischen Gesetzes gegen die Rechtsinstitute, die ihrer Natur nach nur vorübergehend und vor allem nur negativ wirken wollen, ohne daß sie eine logische Vorstufe zu einer endgültigen Regelung darstellen; Institute, die erst in Zukunft — vielleicht — einen endgültigen Zustand schaffen, jetzt aber schon die Verfügungsmacht des einen lahmlegen, ohne daß der andere sie erhält, also letzten Endes einen unwirtschaftlichen Zustand fixieren. Der Ton des § 878 liegt daher durchaus auf „Verfügung beschränkt", d. h. auf dem negativen Charakter des inzwischen eingetretenen Ereignisses. Wie die Verfügungsbeschränkung entsteht, sagt das Gesetz nicht; es ist ihm mit Recht gleichgültig. Der Sinn kann nur sein: Wenn die Parteien alles getan haben, was von ihnen zur Begründung eines positiven Herrschaftsrechtes erwartet werden konnte, so soll der Rechtserwerb nicht dadurch vereitelt werden, daß nachher ein seiner Natur nur negativ wirkendes, nur jede Verfügung lahmlegendes Rechtsinstitut, das erst in Zukunft einem Vollrecht Platz machen wird, begründet wird. Dieser Gesichtspunkt kann aber sehr wohl auch auf die Vormerkung

69) von mir gesperrt.

zutreffen, sofern sie eben eine Verfügungsbeschränkung ist. Warum sollte es auch für § 878, falls die Vormerkung ein negatives Herrschaftsrecht ist, einen Unterschied machen, ob in der Zwischenzeit (§ 878) z. B. auf Grund einer einstweiligen Verfügung ein Veräußerungsverbot erlassen oder eine Vormerkung eingetragen wird?

§ 4.

Vorbemerkungen.

Aus dem Ergebnis der Erörterungen folgen die Gesichtspunkte für die weiteren Untersuchungen.

1. Die Vormerkung muß die Tatbestandsmerkmale des negativen Herrschaftsrechtes aufweisen.
   a) Die Vormerkung muß ein Sachenrecht sein. Es ist hier zu prüfen, inwieweit es Sinn haben kann, die Normen für die subjektiven Rechte im allgemeinen auf die Vormerkung anzuwenden.
   b) Die Vormerkung muß ein negatives Herrschaftsrecht sein. Hier ist zu prüfen:
      aa) ob die Vormerkung überhaupt und nur eine Beschränkung des rechtlichen Könnens enthält;
      bb) ob die Vormerkung dem Vorgemerkten ein Recht zu einem aktuellen Handeln gewährt.
      cc) Das negative Herrschaftsrecht kann schuldrechtliche Elemente nicht in sich aufnehmen. Es ist daher zu prüfen, ob die Vormerkung Ansprüche gewährt und Pflichten auferlegt und ferner, wie sich der gesicherte persönliche Anspruch zur Vormerkung als sachenrechtlichem Tatbestand verhält.
2. Die Bestimmungen über die Wirkungen der Vormerkung müssen sich alle zergliedern lassen als Wirkungen des zugrunde liegenden unveränderten Anspruches und als Wirkungen eines negativen Herrschaftsrechtes. „Positive“ Wirkungen darf es nicht geben!

II. TEIL.

Die Vormerkung und die Tatbestandsmerkmale des negativen Herrschaftsrechtes.

1. Die Vormerkung als sachenrechtliches Herrschaftsrecht.

§ 5.

Entsteht die Vormerkung wie die subjektiven Rechte durch Einigung und Eintragung? (§ 873).

1. Subjektive Rechte entstehen durch Einigung und Eintragung gemäß § 873. Setzt die Vormerkung materiell-rechtlich, d. h. zur Entstehung ebenfalls Einigung und Eintragung voraus?

Die weitaus herrschende Lehre[1]) steht auf dem Standpunkt, daß zur rechtsgeschäftlichen Begründung einer Vormerkung die einseitige Bewilligung desjenigen, dessen Grundstück oder dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird und die Eintragung in das Grundbuch erforderlich und genügend ist. Sie beruft sich dabei auf § 885 Abs. 1 S. 1, wobei darauf hingewiesen wird[2]), daß damit ein bedeutsamer Unterschied zwischen der Vormerkung und den Sachenrechten dargetan sei.

2. Die Unanwendbarkeit des § 873 auf die Vormerkung ist kein absolut durchschlagendes Argument gegen ihre Rechtsnatur. Es gibt im Bürgerlichen Gesetzbuch einen Anwendungsfall dafür, daß ein ius in re aliena durch einseitiges Rechtsgeschäft zur Entstehung gebracht werden kann: § 1188: „Zur Bestellung einer Hypothek für eine Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber genügt die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt, daß er die Hypothek bestelle und die Eintragung in das Grundbuch". Jedoch handelt es sich immerhin um einen Ausnahmefall, der durch die Besonderheit der Sachlage gerechtfertigt wird, während eine Rechtfertigung für die Vormerkung sich schwerlich finden lassen würde.

---

1) Zitate in allen Kommentaren.

2) Vgl. z. B.: Vervier, Wesen und Wirkung der Vormerkung S. 24.

Die herrschende Lehre ist deshalb nachzuprüfen. Bei der Erörterung der Kontroverse, ob die Vormerkung durch einseitiges Rechtsgeschäft (Bewilligung) und Eintragung entsteht, ist besonders zu beachten und zu untersuchen, ob § 885 irgendwie den § 873 voraussetzt oder (implicite) auf ihn verweist; denn aus der Richtigkeit der herrschenden Lehre ergibt sich nur dann ein Argument gegen die Rechtsnatur der Vormerkung, wenn diese Paragraphen keine Beziehungen zueinander aufweisen; sonst kann nur gefolgert werden, daß die Regelung eine Ausnahme, ein Spezialfall des § 873 ist.

3. Nur ganz vereinzelt, so von Fuchs[3]), Othmer[4]), Sekler[5]) wird für die rechtsgeschäftliche Begründung der Vormerkung Einigung und Eintragung gefordert. Mich dünkt, daß diese Lehre wohl wert ist, gegen die herrschende verteidigt zu werden.

Die herrschende Lehre wird damit begründet, daß „der § 885 . . . nicht von einer Einigung[6]) spricht"; „der klare Wortlaut lasse hierüber keinen Zweifel"[7]). Der Hinweis bei Staudinger-Kober[8]) und im Kommentar von Reichsgerichtsräten[9]), daß durch die Vormerkung „ja kein Recht am Grundstück unmittelbar eingeräumt"[8]) wird, muß außer Betracht bleiben; denn dieses Problem ist eben der Gegenstand der Erörterung.

II. Steht § 885 selbständig neben § 873?

A. Die Entstehungsgeschichte des § 885.

Die herrschende Lehre geht davon aus (vgl. RG. in Gruchot Bd. 62 S. 119), daß § 885 erschöpfend die materiellen Voraussetzungen der rechtsgeschäftlichen Entstehung der Vormerkung enthält. § 885 soll für die Vormerkung das sein, was für die subj. Rechte der § 873 ist (Rosenberg, Komm. 1919 § 885 I, 2). Also: § 885 und § 873 unabhängig und parallel.

Die Entstehungsgeschichte des § 885 ergibt jedoch, daß § 885 nicht ganz selbständig neben § 873 steht. Die ganze Bestimmung, insbes. die Alternative des § 885, I „oder auf Grund der Bewilligung desjenigen . . . ." hatte von vornherein einen anderen Sinn als die herrschende Lehre ihm beilegt.

3) Fuchs, LZ. 1914 S. 3 f. („Zur Lehre von der Vormerkung").
4) Othmer S. 94.
5) Sekler, (Lehre von der Vormerkung) S. 54.
6) KG. in Recht 1916 No. 69 (in der II. Hälfte).
7) RG. Gruch. Bd. 62 S. 119.
8) Staudinger-Kober, Sachenrecht 1926 zu § 885 (Bem. I, 2 b).
9) RGR. Komm. § 885 Anm. 2.

1. Der E. I ließ bewußt eine Vormerkung im heutigen Sinne nicht zu. Mot. Bd. III S. 240: „Eine Vormerkung zur Erhaltung von Ansprüchen auf Einräumung eines dinglichen Rechtes, dessen Erwerbung von der Eintragung abhängig ist, läßt der Entwurf nicht zu."

Der E. I regelte dagegen den heutigen Widerspruch unter dem Namen „Vormerkung" und gab im § 845 Abs. 3 die Vorschrift, aus der sich der § 885 Abs. 1 BGB. entwickelt hat: „Eine Vormerkung kann auch [10]) auf Grund der Bewilligung desjenigen eingetragen werden, gegen dessen eingetragenes Recht sie sich richtet." Dazu sagen die Motive [11]): „daß hierbei ein Vertrag zwischen den Beteiligten vorausgesetzt wird, ist nach § 828 [12]) nicht zweifelhaft."

2. Erst im E. II wird der „dinglichen Vormerkung" (Widerspruch) die „obligatorische" Vormerkung hinzufügt, ohne daß hinsichtlich der Begründung Unterschiede gemacht wurden: Die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches stritten darüber [13]), ob neben der „arrestatorischen" obligatorischen Vormerkung die freiwillige obligatorische Vormerkung überhaupt zuzulassen sei. Die Mehrheit entschied sich hierfür und erwog [13]): „Jedenfalls müsse auch hier die Erfahrung entscheiden, und diese habe gezeigt [14]), daß die Möglichkeit, auf Grund freiwilliger Uebereinkunft [15]) eine Vormerkung eintragen zu lassen, als eine Wohltat empfunden und praktisch keine bedenklichen Folgen gezeitigt habe. Es sei deshalb die freiwillige Eintragung zuzulassen." Auch die Mitglieder der zweiten Kommission nahmen also an, daß zur Begründung der Vormerkung eine Willenseinigung (arg. freiwillige Uebereinkunft) erforderlich ist, daß § 873 also nicht ersetzt werden sollte. Gegen diese Ansicht wurde niemals ein Widerspruch laut: Die Kommission sah, daß nunmehr die einheitliche Terminologie („Vormerkung") verschiedene Rechtsinstitute umfaßte und unterschied sie daher sprachlich: Prot. Bd. III S. 122: „Die Antragsteller . . . . erklärten sich sachlich damit einverstanden, daß in ihren Anträgen zwischen Vormerkung und Widerspruch unterschieden werde. Weiterer Widerspruch wurde nicht laut. Man glaubte der

10) d. h. außer auf Grund einer einstweiligen Verfügung.
11) Mot. Bd. III S. 244.
12) d. i. jetzt § 873.
13) Prot. Bd. III S. 115.
14) d. h. seit dem Preuß. Eigent.-Erw.-Ges. von 1872.
15) von mir herausgehoben.

Redaktionskommission die Durchführung des Unterschiedes überlassen zu können." Sachliche Aenderungen zu treffen war die Redaktionskommission aber nicht befugt.

Aus der Entstehungsgeschichte folgt also, daß man den heutigen § 873 auch auf die Vormerkung anwendbar hielt. Die Wendung des § 885 Abs. 1 Satz 1: „oder auf Grund der Bewilligung . . . ." sollte nur einen Gegensatz hervorheben, hatte nur den Sinn klarzustellen, daß außer der Zwangsvormerkung auch freiwillige Vormerkungen zugelassen werden. Das war nach der Rechtsentwicklung keineswegs selbstverständlich; denn bis zum Jahre 1872 [16]) durften nach preußischem Recht vorläufige Einschreibungen nicht auf Grund der Bewilligung vorgenommen werden [17]). Anzuerkennen ist jedoch, daß der ursprüngliche Sinn eine mißverständliche (historisch zu erklärende) Fassung erhalten hat. Es ist daher nach anderen Indizien im Gesetz zu suchen.

B. Andere Argumente.

Andere Gesichtspunkte ergeben, daß es nicht im Sinne des Gesetzes liegt, eine prinzipielle Trennung der §§ 873 und 885 anzunehmen. Wenn das Gesetz, wie die herrschende Lehre annimmt, diese Paragraphen in Gegensatz stellen will, so ist es unzulässig, aus § 873 Analogieschlüsse auf eine gleichartige Behandlung der Rechte und der Vormerkung zu ziehen; viel eher erscheint es zulässig, dann aus § 873 ein argumentum e contrario für eine ungleiche Behandlung von Vormerkung und Recht zu entnehmen.

1. Wenn § 885 bei dem prinzipiellen Ausgangspunkt [18]) der herrschenden Lehre einen Sinn haben und dabei gegenüber § 873 Abs. 1 ausschließlich sein soll, so muß das Wort „Eintragung" in § 885 Abs. 1 gleichzeitig bedeuten 1. „Vermerkung", (formellrechtlich), 2. „Begründung" (materiellrechtlich) der Vormerkung; m. a. W. § 885 muß gleichzeitig eine formellrechtliche und eine materiellrechtliche Bestimmung geben; die „Bewilligung" ist gleichzeitig Eintragungs- und Entstehungsvoraussetzung. Müßte dann nicht konsequenter Weise für diese auch die Form, die die Grundbuchordnung für jene vorschreibt, zu verlangen sein? Das wird allgemein abgelehnt; denn damit würde man für

16) Bis zum Preuß. Eigent.-Erw.-Ges. von 1872.
17) Sekler a. a. O. S. 53.
18) vgl. oben § 5 II A.

die Vormerkung mehr verlangen als für die Rechte. So das Kammergericht im Recht 1916 Nr. 69 (T. 2): „. . . Das Gesetz spricht in § 885 nicht, wie in § 873 Abs. 2 und § 875 Abs. 2 BGB. von „einer den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechenden" Eintragungsbewilligung. Es erscheint deshalb nicht geboten, für das in § 885 aufgestellte materielle Erfordernis mehr zu verlangen, als für das in § 873 aufgestellte Erfordernis der Einigung."

2. § 873 Abs. 2 regelt die Frage, inwieweit die Parteien an die materiellrechtliche Einigung über die Entstehung des Rechtes gebunden sind. Sind diese Bindungsvorschriften auf die Vormerkung anwendbar?

Wenn § 885 Abs. 1 den § 873 Abs. 1, § 885 Abs. 2 den § 874 ersetzen soll, so kann man nicht annehmen, daß der dazwischen stehende § 873 Abs. 2 nicht ausgeschaltet sein soll; das hätte das Gesetz sagen müssen. Man könnte diesen Abs. 2 überdies nur analog anwenden, da man aus der Ersetzung des Abs. 1 und des § 874 entnimmt, daß die Vormerkung k e i n Recht ist; aber für eine Analogie fehlt vollends die Grundlage. Man muß demnach die Bindungsnorm des § 130 BGB. anwenden: Mit dem Wirksamwerden wird die Erklärung unwiderruflich. Dann käme man zu folgendem Ergebnis: Die Bewilligung kann demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung bestellt werden soll, erklärt werden. Wird sie in dessen Abwesenheit abgegeben, so wird sie unwiderruflich mit dem Zugang; wird sie einem Anwesenden erklärt, so wird sie nach Analogie [19]) des § 130 dann wirksam, wenn sie in dessen Machtbereich gelangt ist. Ein derartiges Ergebnis, zu dem man nur auf Grund der prinzipiellen Voraussetzung der herrschenden Lehre gelangt, kann nicht im Sinne des Gesetzes liegen. Der Gedanke des § 873 Abs. 2 ist: Grundstücksgeschäfte sollen nicht übereilt und leichtfertig geschehen. Dieser rein praktische Gesichtspunkt dürfte vor Konstruktionsfragen nicht Halt machen: Auch die Bestellung einer Vormerkung ist ein Grundstücksgeschäft: Von S t r o h a l [20]) ist nachgewiesen, und weithin [21]) ist anerkannt, daß die rechtsgeschäftliche Bestellung der Vormerkung eine Verfügung enthält. V e r f ü g u n g e n sollen von jener Bindungsnorm getroffen werden. Warum eine Ausnahme für die Vormerkung?

19) Enneccerus I § 149, B.

20) „Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zustatten?" Leipzig 1904.

21) Zitate bei Staudinger-Kober zu § 883, IV, 2; V, 3c.

3. Wenn die herrschende Lehre folgerecht durchgeführt wird, muß sie zu einem weiteren nicht überzeugenden Ergebnis führen.

Grundstücksrechte entstehen nach § 873 durch Einigung und Eintragung. Hierbei ist die Reihenfolge unwesentlich. Das ergibt sich klar aus § 879 Abs. 2. Also kann die Einigung über die Entstehung des Rechtes der Eintragung folgen.

Wenn § 885 alle Entstehungsvoraussetzungen der Vormerkung enthalten soll, so muß er gleichzeitig, wie gezeigt[22]), eine formellrechtliche und eine materiellrechtliche Norm sein. Da nun die Eintragung der Vormerkung „auf Grund der Bewilligung" (sowohl der formellrechtlichen als auch der materiellrechtlichen!) erfolgt, so muß dem Wortlaut nach die Bewilligung der Eintragung immer vorangehen. Der Wortlaut kann nicht korrigiert werden, da man damit die prinzipielle Voraussetzung und das Argument[23]) gegen die Rechtsnatur der Vormerkung (völlige Trennung von § 873 und § 885) aufgeben muß.

Es handelt sich also z. B. um folgende Sachlage: Der Geisteskranke A hat dem B eine Vormerkung bewilligt. Sie wird eingetragen. Die Vormerkung entsteht nicht, da die Bewilligung als Rechtsgeschäft Geschäftsfähigkeit verlangt. A wird wieder geschäftsfähig und will die Vormerkung zur Entstehung bringen.

Hätte A dem B ein Recht bestellt, so genügte es, daß er sich jetzt mit B über die Entstehung des Rechtes einigt. Bei der Vormerkung dagegen ist die ursprüngliche Vormerkung zu löschen und eine neue Vormerkung auf Grund der neuen Eintragungsbewilligung einzutragen.

So entscheidet z. B. Güthe[24]) und das Kammergericht in Recht (1916, II No. 69): „Weil formelles und materielles Recht bei der Entstehung der Vormerkung übereinstimmen und § 885 BGB. ausdrücklich sagt, daß die Eintragung auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder auf Grund der Bewilligung des Betroffenen erfolgt, so muß im letzteren Falle für die Wirksamkeit der Vormerkung verlangt werden, daß die Bewilligung der Eintragung vorausgeht, wie das auch bezüglich der einstweiligen Verfügung nicht anders denkbar ist."

Das Ergebnis ist, sofern nicht innere Gründe gezeigt werden können, unannehmbar. Auch M. Wolff[25]), der im übrigen auf

---

22) oben § 5 II B 1.
23) oben § 5 I 1, 2 a. E.
24) Gruch. Beitr. Bd. 57 S. 40 f.
25) Lehrb. § 48 Anm. 13.

dem Standpunkt der herrschenden Lehre steht, stimmt ihm nicht zu. Zu einem anderen Resultat kommt man aber nur unter Anwendung des in § 873 Abs. 1 implicite ausgesprochenen Grundsatzes, also unter Aufgabe des Ausgangspunktes der herrschenden Lehre.

Die Berufung des Kammergerichtes auf die einstweilige Verfügung zieht nicht; denn dort ist die Sachlage eine andere als bei der Bewilligung. Dort sträubt sich der Rechtsinhaber gegen eine ihm ungünstige Rechtsposition. Die zwangsweise Bestellung einer Vormerkung ist eine Vollstreckungshandlung; und diese darf nicht beginnen, „bevor ihre erste Voraussetzung, der vollstreckbare Titel vorliegt“ [26]). Im Falle der freiwilligen Bestellung der Vormerkung will der Berechtigte selbst über sein Recht verfügen. Hier trifft dieser Gesichtspunkt daher nicht zu; warum sollte man hier die nachträgliche Bewilligung nicht zulassen? Soweit ich sehe, hat nur Güthe [27]) sich bemüht, für die Ansicht, daß die Bewilligung der Vormerkung der Eintragung nicht nachfolgen darf, einen inneren Grund zu finden. Er schließt folgendermaßen:

„Es ist anerkannt, daß bei subjektiven Rechten, zu deren Entstehung ein Vertrag erforderlich ist, die Einigung der Eintragung nachfolgen kann. Zu diesem Rechtsstandpunkt konnte das Gesetz nur unter der Voraussetzung gelangen, daß es das formelle Recht einem anderen Konsensprinzip unterwarf als das materielle Recht. Diese Voraussetzung ist dadurch geschaffen, daß dem für das materielle Recht geltenden Grundsatz der Einigung, dem materiellen Konsensprinzip, für das formelle Recht der Grundsatz der Bewilligung, das formelle Konsensprinzip entgegengestellt wurde. Wäre dies nicht geschehen, wäre also auch für das formelle Recht das materielle Konsensprinzip beibehalten worden, so hätte sich das Gesetz nicht auf den Standpunkt stellen können, daß für die Wirksamkeit eines dinglichen Rechtes auch der nachträgliche Abschluß der Einigung ausreichend sei. Denn in diesem Falle hätte ein nachträglicher Abschluß der Einigung nur dann praktisch werden können, wenn der Grundbuchrichter unter Verletzung des Gesetzes das dingliche Recht ohne den Nachweis der Einigung eingetragen haben würde. Auf eine derartige Gesetzesverletzung baut aber kein Gesetz seine grundlegende Auffassung auf. Für die Vormerkung hat sich das Gesetz auf den . . . .

---

26) Güthe, Gruch. Bd. 57 S. 40 f.
27) Gruch. Bd. 57 S. 41.

Standpunkt einer Gleichgestaltung des materiellen und des formellen Rechtes gestellt. Denn es hat für beide Rechte die Bewilligung des Betroffenen für notwendig und ausreichend erklärt. Darf demnach der Grundbuchrichter nur dann eintragen, wenn ihm die Bewilligung des Betroffenen vorgelegt wird, so ist nicht anzunehmen, daß das Gesetz die Verletzung dieses auch nach materiellem Rechte bestehenden Erfordernisses zum Ausgangspunkt der materiellen Regelung gemacht, d. h. einer ohne das Vorliegen einer Bewilligung eingetragenen Vormerkung materielle Wirksamkeit verliehen haben sollte." —

Abgesehen davon, daß diese Frage praktisch eine Kostenfrage sein wird, bei der praktische Erwägungen vorzuziehen wären, scheint mir diese Beweisführung den entscheidenden Gesichtspunkt zu übergehen: Wie hervorgehoben, muß, wenn die Voraussetzungen der herrschenden Lehre richtig sind, § 885 sowohl eine formellrechtliche als auch eine materiellrechtliche Bestimmung gleichzeitig enthalten. Nun ist richtig, daß der Richter eine Vormerkung nur eintragen darf, wenn ihm die „Bewilligung" des Betroffenen vorgelegt wird. Aber welchen Inhalt m u ß diese für das T ä t i g w e r d e n d e s R i c h t e r s erforderliche und genügende Bewilligung nur haben?

§ 885 k a n n m. E. nicht die formelle und die materielle Eintragungsbewilligung in der Art verquicken wollen, daß der Grundbuchrichter zur Prüfung aller materiellrechtlichen Voraussetzungen für die Entstehung der Vormerkung, wozu auch der Anspruch im Sinne des § 883 gehört, verpflichtet wäre. Die formelle und die materielle Bewilligung müssen vielmehr auch bei der Vormerkung verschiedene Rechtsinhalte haben. Diese hat zum Inhalt das „Entstehen", die „Begründung" der Vormerkung. Jene, die formellrechtliche Bewilligung, hat zum wesentlichen Beziehungsgegenstand nicht die „Entstehung", sondern nur die Eintragung im Sinne der Vermerkung. Daß das so sein muß, wird bei den folgenden Beispielen klar werden. Haben beide also schon verschiedenen Inhalt, so müssen sie auch auseinanderfallen können, derart, daß die formelle Bewilligung gültig, eine materielle jedoch nicht vorhanden ist.

B e i s p i e l e : a) A hofft von B 1000 RM als Darlehen gegen eine Hypothek zu erhalten. Um B zu dem Geschäft geneigt zu machen, gedenkt er folgendermaßen vorzugehen: Er will für B unter formgerechter Bewilligung eine Hypothek eintragen lassen. Diese muß eingetragen werden (§ 19 GBO.). Welchen Inhalt kann diese Bewilligung nur haben? Sie ist gerichtet nicht auf

„Begründung", sondern auf „Vermerkung" der Hypothek. Erst Zug um Zug gegen Uebereignung des Geldes will A sich mit B über die Entstehung der Hypothek einigen. Es kann so für B das Recht entstehen. Nirgendwo wird das Gesetz verletzt.

b) Derselbe Fall. A will B aber zunächst nur eine Vormerkung auf Einräumung einer Hypothek (also nur ein Minus) einräumen in folgender Weise: Er bewilligt durch formgerechte Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt eine Vormerkung für B zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek von 1000 RM. Der Inhalt der Bewilligung kann und soll hier nicht die Entstehung, Begründung der Vormerkung sein, sondern nur die Eintragung der Vormerkung im Sinne der „Verlautbarung", ebenso wie im Falle a) für die Hypothek. „Entstehen" soll die Vormerkung nach dem Willen des A erst in einem späteren Zeitpunkte; und sie kann erst später entstehen, da einstweilen eine zu sichernde Forderung des B fehlt.

Muß der Richter eintragen? Ja; die Prüfung der Voraussetzungen für die „Entstehung" ist ihm nicht aufgebürdet; denn wenn er hier zur Prüfung verpflichtet wäre, so hätte man das sonderbare Ergebnis, daß der Richter die materiellen Voraussetzungen für Rechte nicht, für die Vormerkung, die (nach herrschender Lehre) gegenüber den Rechten ein Minus darstellen soll, dagegen sämtlich doch zu prüfen hätte. Er müßte sich, bevor er die Vormerkung auf Einräumung einer Hypothek einträgt, den Nachweis erbringen lassen, daß die zu sichernde Forderung besteht, während er, wenn er die Hypothek selbst einzutragen hätte, nicht zu prüfen brauchte, ob die Forderung (§ 1113) besteht. Der Richter hat nur zu prüfen, ob sich aus der Bewilligung ergibt, daß er eintragen, d. h. „vermerken" darf. Durch die Eintragung wird also nicht das Gesetz verletzt. Also kann der Schwerpunkt des Argumentes von Güthe nicht richtig sein, daß eine Eintragung, die erfolgt, ohne daß die materielle Bewilligung vorliegt, stets eine Gesetzesverletzung enthalten muß, und damit entfällt der innere Grund!

A erhält nun von B die 1000 RM als Darlehen und gibt Zug um Zug die materielle Bewilligung ab. Die Vormerkung soll nach herrschender Lehre nicht entstehen, während die Hypothek, also das endgültige Recht doch entstanden wäre. Das erscheint ungerechtfertigt. Güthe (a. a. O.) meint, wenn der wesentliche innere Grund nicht hinzuträte, wäre auf den Wortlaut des § 885 kaum das entscheidende Gewicht zu legen. Aber das Ergebnis

ist eine notwendige Folge der Voraussetzung, daß § 885 völlig isoliert neben § 873 stehen und nicht (wie ich annehme) implicite auf ihn Bezug nehmen soll. Jene Folge kann man nicht ohne diese Voraussetzung ändern!

C.

Der herrschenden Lehre stehen also entgegen die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und die unannehmbaren Folgen, zu denen sie führen muß. Daraus folgt, daß § 885 nicht völlig isoliert neben § 873 stehen, sondern von ihm nicht gelöst werden kann. Zwar ist damit noch nicht dargetan, daß die Vormerkung ebenso wie die Rechte zur Entstehung einer Einigung bedarf; aber daraus, daß die Verbindung nicht völlig gelöst ist, ist eher ein Schluß für als gegen die Rechtsnatur der Vormerkung zu entnehmen. Ein Indiz für diesen Schluß ist § 887, wo die Vormerkung geradezu als Recht bezeichnet ist.

III. § 873 muß auch für die Entstehung der Vormerkung gelten.

Die Ansicht der Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches ist im Wortlaut des § 885 nicht klar zum Ausdruck gekommen; insofern ist dem Kommentar von Reichsgerichtsräten [28]) zuzustimmen. Die Entstehungsgeschichte ist daher nur insoweit als Auslegungsmittel zulässig, als sich noch anderweit Indizien dafür ergeben, daß die Fassung im Sinne des heutigen Sprachgebrauchs nicht gewollt sein kann.

1. Das Bürgerliche Gesetzbuch würde durch eine Privilegierung der Vormerkung hinsichtlich der Entstehung die historische Rechtsentwicklung geradezu auf den Kopf stellen: Im preußischen Recht konnten bis 1872 vorläufige Einschreibungen überhaupt nicht auf Grund einer Bewilligung vorgenommen werden [29]). Das preußische Eigentumserwerbsgesetz vom 5. V. 1872 führte in § 8 die Bewilligung ein. Die Fassung war im wesentlichen wie heute:

„Eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung oder auf Eintragung des Eigentumsüberganges kann nur unter Bewilligung des eingetragenen Eigentümers eingetragen ... werden." Es konnte nicht zweifelhaft sein, daß „Bewilligung" eine vertragliche Bewilligung bedeuten sollte, im Hinblick darauf, daß dem Eigentumserwerbsgesetz das allgemeine Konsensprinzip

28) RGR. Komm. § 885 Anm. 2.
29) Sekler a. a. O. S. 53.

zugrunde lag[30]) und dieselbe Redewendung im § 19 für die Entstehung der Hypothek und der Grundschuld verwendet wird, wie denn überhaupt auch vom Reichsgericht[31]) anerkannt wurde, daß die Vormerkung des Eigentumserwerbsgesetzes „ein dingliches Recht am Grundstücke" war. Der E. I ließ eine Vormerkung überhaupt nicht zu. Die Mitglieder der II. Kommission stritten sehr darüber, ob eine freiwillige Vormerkung neben der Zwangsvormerkung auf Grund einstweiliger Verfügung überhaupt zuzulassen sei.

Es wäre daher vom Standpunkt der Rechtskontinuität aus sehr verwunderlich, wenn das Bürgerliche Gesetzbuch die Vormerkung hinsichtlich ihrer Entstehung vor anderen Rechtsinstituten geradezu privilegieren wollte.

2. Die Möglichkeit, einseitig durch Bewilligung des Betroffenen eine Vormerkung für den Dritten zu begründen, würde auch eines vernünftigen gesetzgeberischen Gedankens entbehren: Wollen beide eine Vormerkung zur Entstehung bringen, so können sie sich einigen. Will der Betroffene nicht, so ist eine einstweilige Verfügung am Platze. Will dagegen der Dritte nicht, so kann das Gesetz kein Interesse daran haben, dem Betroffenen die Möglichkeit zu geben, dem Dritten wider dessen Willen die Vormerkung zu verschaffen.

3. Die einseitige Bestellung einer Vormerkung kann m. E. auch zu einer Unsicherheit der Rechtslage führen. Wie kann man wissen, ob der Betroffene, der ohne Wissen des Dritten für diesen eine Vormerkung hat eintragen lassen, wirklich den (zur Entstehung erforderlichen) Willen gehabt hat, eine Vormerkung zur Entstehung zu bringen (materielle Bewilligung), oder ob er nicht bloß den Willen hatte, eine Vormerkung jetzt nur eintragen (formelle Bewilligung) und erst später entstehen zu lassen[32])? Der Dritte kann in einer ungewissen Lage sein, die bei einer Einigung nicht vorkommen dürfte. Eine Berufung auf § 891 Abs. 1 räumt das Bedenken nicht aus; denn § 891 verschiebt nur das Beweisthema: Wenn der Betroffene den Mangel der materiellen Bewilligung nachweisen kann, so ist m. E. denkbar, daß der Vorgemerkte unter Umständen der Geschädigte ist.

4. Es ist anerkannt, daß das persönliche Wiederkaufsrecht schon vor der Ausübung des Wiederkaufsrechtes durch eine Vor-

30) RG. Bd. 42 S. 317.
31) RG. Bd. 27 S. 239 f. (240).
32) vgl. oben § 5 B 3 b.

merkung gesichert werden kann[33]). Diese Vormerkung sichert einen durch Ausübung des Wiederkaufsrechtes bedingten Anspruch auf Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück, ist also eine sogen. Uebereignungsvormerkung. Eine solche Vormerkung kann nach herrschender Lehre einseitig bestellt werden.

Das dingliche Vorkaufsrecht ist zweifellos ein Sachenrecht, das nach § 873 nur durch Einigung und Eintragung entstehen kann. Gemäß § 1098 Abs. 2 hat es Dritten gegenüber „die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Anspruchs auf Uebertragung des Eigentums".

Die Vormerkung zur Sicherung des Wiederkaufsrechtes, überhaupt jede Uebereignungsvormerkung hat also dieselbe Wirkung wie das dingliche Vorkaufsrecht. Jenes kann einseitig, dieses muß durch Vertrag bestellt werden.

Warum dieser Unterschied? Aus den gleichen Wirkungen soll hier kein Schluß auf die Rechtsnatur der Vormerkung gezogen werden. Wohl aber ist es zulässig zu fragen, warum das Gesetz für gleiche Wirkungen verschiedene Voraussetzungen hat aufstellen wollen. Ein Grund besteht nicht. Warum sollte der Verpflichtete zur Sicherung eines Anspruchs auf Uebereignung durch einseitiges Rechtsgeschäft eine Vormerkung zur Entstehung bringen und sich so Beschränkungen auferlegen können, die denen von Rechten durchaus analog sind? Hier ist es doch klar, daß in der herrschenden Lehre ein Fehler stecken muß!

5. Bei der Frage, ob dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zustatten kommt, steht die herrschende Lehre[34]) auf dem Standpunkt, daß § 892 Abs. 1 S. 1 nicht anwendbar ist; denn die Vormerkung sei kein Recht (Rosenberg Kom. 1919 § 892, Ia ß). Diese Begründung ist nichtssagend; denn man würde, wie das Obergericht Kaunas (JW. 1926 S. 2870) ausgeführt, „den § 892 BGB., auch wenn man die Vormerkung nicht als dingliches Recht im Sinne dieses Gesetzes ansieht, doch analog anwenden dürfen". Der entscheidende Gesichtpunkt für die Nichtanwendung des § 892 ist richtig ungefähr m. W. nur bei Staudinger-Kober (§ 883, V, 3b) getroffen: § 892 setzt „einen rechtsgeschäftlichen Erwerb voraus, sodaß die gegen den

---

33) RG. Bd. 69 S. 281 ff.

34) Zit. bei Staudinger-Kober § 883, V, 3c; ferner RG. JW. 1927 S. 2847 (4); RG. DJZ. 1928 S. 176.

Willen des Eingetragenen erfolgten Vormerkungen . . . . aus diesem Grunde hier nicht in Betracht kommen können":

Der Grund ist der: Nach der herrschenden Lehre ist ein rechtsgeschäftlicher Wille des Erwerbers bei der Bestellung der Vormerkung völlig unerheblich; nur der Besteller nimmt ein Rechtsgeschäft vor. „Rechtsgeschäft" in § 892 Abs. 1 heißt aber: „eigenes Rechtsgeschäft"; der tiefere Grund hierfür liegt in der folgenden Erwägung:

Es hat nur dann Sinn, von einem Erwerbe kraft guten Glaubens zu sprechen, wenn bei einem Rechtsgeschäft ein „Verhalten", also in diesem weiten Sinne eine Handlung auf Seiten des zu Schützenden, die vom guten Glauben begleitet wird, irgendwie erforderlich ist. Guter Glaube an sich besagt nichts; man muß immer fragen: Was muß man unter gutem Glauben getan haben, damit der Rechtserwerb eintritt? Der Anknüpfungspunkt des guten Glaubens ist also immer ein eigenes rechtserhebliches Verhalten des zu Schützenden. Der rechtsgeschäftliche Verkehr soll geschützt werden. Dazu gehören aber mindestens zwei handelnde Personen. Das Gesetz schützt seinem inneren Grunde nach nur den, der ein Recht erwerben will oder irgendwie als Beteiligter nötig und zu einem rechtserheblichen Verhalten veranlaßt ist. Warum sollte denn derjenige geschützt werden, der überhaupt keine Kenntnis davon hat, daß er ein Recht erwirbt, oder der, der zwar ein Recht erwerben will, dessen Mitwirkung bei dem Erwerbe aber für materiell völlig unerheblich erklärt wird? Es trifft auch auf diesen Fall zu, was das Bayerische Oberste Landesgericht[35]) im Hinblick auf § 892 ausführt: „Die Vorschrift will ausschließlich dem Verkehrsschutze dienen. Ein solcher kann begriffsmäßig nicht eintreten, wenn nur eine Person an dem Rechtsvorgange beteiligt ist." Rechtlich ist der Vorgemerkte nicht beteiligt an dem Rechtsgeschäft. Für die Bestellung der Vormerkung erklärt das Reichsgericht (Gruch. Beitr. Bd. 62 S. 117) eine Einigung für belanglos. Aus diesem Grunde kann § 892 nicht angewendet werden. Die herrschende Lehre[36]) wendet nun auch nicht den § 892, sondern § 893 zu Gunsten des Vorgemerkten an. Ist hier aber das Problem ein anderes? Einseitige Rechtsgeschäfte werden zwar auch von § 893 betroffen, aber immer nur solche, bei denen die Mitwirkung des zu Schützen-

35) Bayer. OLG. Entsch. Bd. 26 Abt. A (28. I. 27) S. 47 f.
36) Vgl. Anm. 34.

den irgendwie notwendig, erheblich ist; denn sein Verhalten soll geschützt werden. Das kommt im Wortlaut des § 893 klar zum Ausdruck. (arg. „zwischen".)

Beispiel: A kündigt dem Buchberechtigten B gegenüber. Das Rechtsgeschäft des A wird zweifellos geschützt. Der Buchberechtigte B kündigt dem A gegenüber: A wird geschützt, da eine Kündigung dem A notwendig zugehen muß (Beteiligung) und er unter gutem Glauben z. B. zu widersprechen unterläßt (Verhalten). Auch § 893 kann seinem Sinne nach nur den schützen, der einen rechtsgeschäftlichen Willen irgendwie betätigt oder dessen Mitwirkung erforderlich ist. Richtig Bendix (JW. 1904 S. 601 Anm. 6): Nicht aber kann jemand geschützt werden, der einen rechtlichen Vorteil, ohne daß er etwas davon wußte oder gar gegen seinen Willen erlangt.

Einerseits sagt nun die herrschende Lehre: Der rechtgeschäftliche Wille des Erwerbers ist gänzlich unerheblich, kommt überhaupt nicht in Betracht: Rechterwerb ganz unabhängig von seiner Person (§ 885). Andererseits aber sagt sie: Wenn A als Nichtberechtigter dem B eine Vormerkung (vielleicht gegen dessen Willen) bestellt, so hängt es von B ab, ob er die Vormerkung erlangt (§893, § 892). Er braucht sie zwar nicht erlangen zu wollen, aber er darf nicht bösgläubig sein (§§ 893, 892)!! Jetzt auf einmal soll es von demjenigen abhängen, dessen Person sonst gänzlich aus der Betrachtung ausscheidet!

Rosenberg, der zu § 885 auf dem Standpunkt der herrschenden Lehre steht, hat die oben geltend gemachten Bedenken wohl gesehen, denn er macht für § 893[37]) folgende Einschränkung: § 893 ist zugunsten des Vorgemerkten nur anwendbar, „falls die Bewilligung der Vormerkung dem Gläubiger erklärt ist, oder falls vor oder nach der Eintragung eine Verständigung darüber stattgefunden hat; arg. § 893: „Zwischen ihm und einem anderen.""

Jetzt soll es wesentlich sein, wem gegenüber die Bewilligung erklärt ist; jetzt muß eine „Verständigung" stattgefunden haben. Man macht damit für die bewilligte Vormerkung wieder Unterschiede; vor allem aber ist folgendes sonderbar: Der Erwerb vom Nichtberechtigten hat im Liegenschaftsrecht gegenüber dem Erwerb vom Berechtigten überall nur ein Tatbestandselement mehr: Den nicht-bösen Glauben des Erwerbers.

---

37) § 883 V, 5.

Bei der Vormerkung hätte man dann die Besonderheit, daß außer der „Gutgläubigkeit" auch noch eine Erklärung gegenüber dem Erwerber oder eine „Verständigung", in Abweichung von dem Normalfall des Erwerbes vom Berechtigten wesentlich wird.

An der herrschenden Lehre muß hier etwas nicht richtig sein, entweder die Ansicht zu § 885 oder die Anwendung des § 893. Nimmt man § 885 wörtlich, so kann man § 893 nicht anwenden; wendet man aber § 893 an, so kann man § 885 nicht wörtlich nehmen! Es liegt aber m. E. mehr im Sinne des Gesetzes, einem Verkehrsbedürfnis folgend Publizitätsgrundsätze anzuwenden, als darauf zu beharren, den § 885 entgegen der Entstehungsgeschichte und den sonstigen Bedenken streng wörtlich aufzufassen.

IV. Aus den Ausführungen folgt: § 885 muß notwendig im Zusammenhang mit § 873 betrachtet werden, woraus eher ein Argument für als gegen die Rechtsnatur der Vormerkung folgt. Die Entstehungsgeschichte des § 885 ergibt, daß er nicht beim Wort genommen werden darf. Sie wird gestützt durch rechtsgeschichtliche Erwägungen und durch Argumente aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch, die ergeben, daß an dem Wortlaut des § 885 nicht festzuhalten ist.

Diese Indizien rechtfertigen m. E., von dem Wortlaut des Gesetzes abzuweichen und das Gesetz im Sinne seiner Entstehungsgeschichte auszulegen. Demnach hat § 885 Abs. 1 S. 1 nicht den Sinn, die erschöpfenden Voraussetzungen der Vormerkung, sondern nur ihre Arten hervorzuheben: Es gibt zwei Gruppen von Vormerkungen, solche, deren Grundlage eine einstweilige Verfügung und solche, deren Grundlage ein Rechtsgeschäft ist. Im übrigen greift § 873 ein.

Demnach ist für die Entstehung der Vormerkung Einigung und Eintragung zu fordern.

§ 6.

Geht die Vormerkung durch ungerechtfertigte Löschung unter?

An dieser Stelle ist die Frage zu behandeln, ob die Vormerkung untergeht, wenn der Bucheintrag gelöscht wird, ohne daß die materiellen Voraussetzungen dafür vorliegen. Alle Rechte (und damit auch alle Verfügungsbeschränkungen) können die Eintragung überdauern; das ergibt sich aus § 891 Abs. 2; denn wenn

nur „vermutet“ wird, daß das gelöschte Recht nicht besteht, ist vorausgesetzt, daß es die Eintragung überdauern kann. Der Rechtsbestand der Rechte kann durch eine Löschung, die ohne die materiellen Voraussetzungen erfolgt, nicht aufgehoben, sondern nur durch das Prinzip des öffentlichen Glaubens des Grundbuches gefährdet werden. Doch steht das hier nicht zur Erörterung. Die Frage ist kontrovers, was aus der Vormerkung wird, wenn der Bucheintrag unberechtigterweise gelöscht wird. Autoritäten haben sich für und gegen das Erlöschen erklärt [38]). Eine Begründung wird nur von wenigen gegeben. Verfehlt ist es aber, als selbstverständlich zu erklären, daß mit der Löschung der Vormerkung stets ihre Wirkungen aufhören, wie Heinsheimer[39]) es tut; der Satz: „daß eine Vormerkung im Falle ihrer Löschung . . . . alle ihre Wirkungen nicht nur für die Zukunft, sondern auch nach rückwärts verliert, ist selbstverständlich . . . .“ kann nach dem Zusammenhang, in dem er steht, keinen anderen Sinn haben. Es wird sich zeigen, wie wenig selbstverständlich das ist.

II. Argumente für den Untergang der Vormerkung.

1. Biermann erklärte sich noch in „Widerspruch und Vormerkung“ (S. 224) für das Erlöschen, da die Vormerkung ein Grundbuchvermerk sei, dieser aber außerhalb des Grundbuchs keine Existenz habe. Die Voraussetzung ist unrichtig: Die Vormerkung ist eine „Eintragung“ [40]). Biermann hat die Ansicht aufgegeben (vgl. Anm. 38).

---

38) Dafür: Turnau-Förster Lieg. R. Anm. II, 5 zu § 886; Gierke, D. Priv. R. Bd. II S. 340; Crome, BGB. III S. 189 Anm. 134; RGR. Komm. § 886 Anm. 3; Kretzschmar GBRecht Bd. I S. 198; Goldmann-Lilienthal BGB. Bd. II S. 286; Männer, Sachenr. § 10 Anm. 12; Rosenberg JW. 1926 S. 2621; Komm. Sachenr. zu § 891, I, 1 a; Heinsheimer, Gruch. Bd. 69 S. 418.
Dagegen: Biermann, Komm. Sachenrecht. 1914 § 894 (I f.) § 886 Anm. 2; Fuchs, GBRecht I § 894 Anm. 3; Festgabe f. Wilke S. 103 f.; Oberneck, GBRecht 4. Aufl. Bd. I S. 463; Planck 1917 § 886 Erl. 1 b; § 894 II, 3 b; Güthe, 2. Aufl. § 22 Anm. 7; M. Wolff, Sachenr. § 48 Anm. 37; Cosack (6.), BGB. Bd. II S. 25 f.; Schilde, Unrichtigk. d. Grundb S. 54; Sekler S. 146; Othmer Rechtl. Wirk. d. Vorm. S. 98; Staudinger-Kober § 886 S. 197; Predari, S. 117 (6).

39) Gruch. Beitr. Bd. 69 S. 417.

40) Reichel a. a. O. 139.

2. Das Kammergericht [41]) entscheidet sich für das Erlöschen der Vormerkung mit folgender Begründung: Rechte gehen durch ungerechtfertigte Löschung nicht unter. Die Vormerkung ist aber kein Recht. Sie gelangt zwar ebenso wie die dinglichen Rechte durch die Eintragung zur Entstehung. „Ihr Bestehen ist aber abweichend von den dinglichen Rechten dauernd an die Eintragung gebunden, weil durch die Vormerkung kein Recht, das außerhalb des Grundbuchs bestehen könnte, begründet wird; denn das Gesetz hat dadurch, daß es der Vormerkung nicht die Rechtsnatur des dinglichen Rechtes beigelegt, sondern nur dem schuldrechtlichen Anspruch gewisse dingliche Wirkungen verliehen hat, diese Wirkungen lediglich an die Eintragung geknüpft; es hat m. a. W. die Möglichkeit, die das Bestehen eines Grundbuches bietet, zu einer Verlautbarung des schuldrechtlichen Anspruchs benutzt. Daraus folgt, daß, sobald das Grundbuch aufhört, auf diesen hinzuweisen, die mit dem Anspruch verbundenen dinglichen Wirkungen fortfallen müssen."

Das Kammergericht setzt bei dieser Erörterung als feststehend voraus, daß die Vormerkung kein dingliches Recht ist. Das ist bei dieser Arbeit gerade das Problem, das zu untersuchen ist. Die Voraussetzung des Kammergerichtes kann hier erst das Endziel bedeuten. Daraus folgt, daß für eine Erörterung keine Basis ist, solange nicht das Kammergericht sagt, w i e es zu seiner Voraussetzung kommt, w o r a u s sich denn ergibt, daß die Vormerkung kein dingliches Recht ist.

Aber abgesehen davon scheint mir die Schlußfolgerung, selbst wenn die Voraussetzung richtig sein sollte, bedenklich. Zwar können die Rechte den Grundbucheintrag überdauern. Ist aber der negative Satz notwendig richtig, daß alle diejenigen Tatbestände, die das Gesetz n i c h t als Rechte konstruiert hat, mit der Löschung der Eintragung untergehen? Ein solcher Satz ist logisch nur zwingend, wenn alles, was nicht „Recht" ist, identisch ist mit „reines Grundbuchinstitut"; m. a. W.: Es müßte zwischen Recht und reinem Grundbuchinstitut ein kontradiktorischer Gegensatz bestehen: Tertium non datur. Ob das der Fall ist, ist sehr fraglich. Eine logische Notwendigkeit scheint mir da nicht vorzuliegen; denn der Satz des Kammergerichtes: „Das Gesetz hat dadurch, daß es der Vormerkung nicht die Rechtsnatur des dinglichen Rechtes beigelegt, sondern nur dem schuldrechtlichen Anspruch gewisse dingliche Wirkungen verliehen hat, diese

41) KG. J. Bd. 43 S. 215 ff.

Wirkungen lediglich an die Eintragung geknüpft . . . ." besagt nichts; man kann, wie Güthe[42]) mit Recht darlegt, genau das Gegenteil beweisen: Wenn das Gesetz dem schuldrechtlichen Anspruch überhaupt dingliche Wirkungen beilegt, so kann es doch nicht wollen, daß diese schon durch eine ungerechtfertigte Löschung der Eintragung wegfallen!

II. Argumente gegen den Untergang der Vormerkung.

Am eingehendsten ist, soweit ich sehe, die Ansicht, daß die ungerechtfertigte Löschung der Eintragung den rechtlichen Bestand der Vormerkung nicht berührt, von Güthe[43]) mit bedeutenden Argumenten begründet worden.

1. Wenn ein Recht gelöscht wird, so wird „vermutet", daß das Recht nicht besteht (§ 891 Abs. 2). § 891 Abs. 2 setzt also voraus, daß Rechte durch ungerechtfertigte Löschung nicht untergehen. Dem Wortlaut nach gilt die Vorschrift nur für Rechte. § 891 Abs. 1 gibt ebenfalls nur für Rechte eine Vorschrift, und zwar eine solche, die den Fall des Eingetragenseins des Rechtes regelt, sonst aber mit § 891 Abs. 2 übereinstimmt.

Die herrschende Lehre[44]) dehnt nun diesen § 891 Abs. 1 auf Vormerkungen aus; zwar nicht — selbstverständlich — derart, daß das Bestehen der Forderung, sondern nur das Vorliegen der übrigen materiellen Voraussetzungen der Vormerkung vermutet wird, d. i. das Vorliegen einer einstweiligen Verfügung oder, nach herrschender Ansicht einer gültigen einseitigen Bewilligung, nach der hier vertretenen Ansicht das Vorliegen einer gültigen Einigung.

Zu der herrschenden Lehre zählen aber auch diejenigen Autoren, die die Vormerkung mit der Löschung der Eintragung untergehen lassen; z. B. Rosenberg[45]), Turnau-Förster[46]),

---

42) Gruch. Beitr. Bd. 57 S. 95 ff.

43) Ebenda.

44) z. B. Güthe a. a. O.; Rosenberg, Komm. 1919 Sachenr. § 891, I, 1 a; Fuchs, GBRecht Bd. I § 883, Anm. 20; Biermann, Komm. § 891 (2 d); Sekler S. 136; Turnau-Förster II, 4 c zu § 883; Staudinger-Kober § 883, V, 3 a; Planck (3) § 883 (3 i); Predari GBO. S. 113 (3); Othmer S. 91; Heinrich a. a. O. S. 71. Obergericht Kaunas, Senat f. memelländische Angelegenheiten JW. 1926 S. 2870.

45) Komm. § 891, I, 1 a.

Crome[47]) (System III S. 184 Anm. 90): „Dagegen ist, daß die Voraussetzung der Eintragung vorlagen, auch hier zu vermuten, wenn die Vormerkung wirklich eingetragen ist."

Wenn man nun § 891 Abs. 1 auf die Vormerkung anwendet, so ist nicht recht einzusehen, warum für § 891 Abs. 2 nicht eine entsprechende Ausdehnung gemacht werden darf, falls man nicht gerade von der Voraussetzung ausgeht, daß die Vormerkung ein reines Grundbuchinstitut ist. Rosenberg (a. a. O. § 883, V 2d (δ)) sagt einfach: „§ 891 Abs. 2 ist unanwendbar, da die Vormerkung stets durch Löschung ihre Wirkung einbüßt." Woraus ergibt sich aber das? Dafür gibt Rosenberg im Kommentar m. W. nicht ein Argument an.

2. Güthe (a. a. O.) will eine Schlußfolgerung aus § 48 ZVG. ziehen: Danach sind Rechte, die durch Eintragung einer Vormerkung gesichert sind, wie eingetragene Rechte zu behandeln. Es tritt also insoweit eine Vollwirkung ein. Wird nun versehentlich die Vormerkung gelöscht, so müßte, da Rechte durch versehentliche Löschung nicht tangiert werden, die Wirkung der Vormerkung bestehen bleiben. Es würde also in die vom Gesetz als einheitliches Institut angesehene Vormerkung ein Zwiespalt getragen.

Das Argument ist nicht zwingend: denn man kann einwenden: Aus dem Wortlaut folgt nur, daß die Vollwirkung geknüpft ist an die Sicherung durch Eintragung. Man kann nicht wissen, ob das bloße Eingetragensein gerade der Grund für diese Regelung gewesen ist. Die Sicherung würde demnach nur bestehen, weil und solange die Eintragung der Vormerkung besteht (§ 48 ZVG.) Diese Möglichkeit würde dem Wortlaut nach bestehen.

3. Das Bürgerliche Gesetzbuch steht auf dem Standpunkt[48]), daß, wenn einem Gläubiger eine zweite oder weitere Hypothek bestellt wird, er nicht erwarten soll, in eine bessere Position zu rücken. Dies zu verhindern ist der Sinn der Lehre von der Eigentümerhypothek und der Eigentümergrundschuld. Eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek hat nach §883 Abs. 3 den Rang, den das Recht, auf dessen Begründung der der Vormerkung zugrunde liegende Anspruch gerichtet ist, bei gleichzeitiger Eintragung haben würde. Der

46) II, 4c zu § 883.
47) System III S. 184 Anm. 90.
48) Argument von Güthe a. a. O.

hinter der Vormerkung eingetragene Hypothekengläubiger würde nun, wenn die Vormerkung ohne die materiellen Voraussetzungen gelöscht wird, einen besseren Rang und obendrein zu hohe Zinsen erhalten, und derjenige, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, einen unbilligen Nachteil haben, ein unmögliches Ergebnis.

4. Viele Autoren[49]) und die Praxis[50]) nehmen (mit Recht) an, daß § 880 auf die Vormerkung anwendbar ist. Hat nun der Gläubiger eines durch Vormerkung gesicherten Anspruchs einem Hypothekengläubiger den Vorrang eingeräumt, so müßte, wenn die Vormerkung versehentlich gelöscht wird, die Hypothek den Rang verlieren; denn § 880 Abs. 4 trifft nicht zu.

5. Soweit ein Anspruch durch Vormerkung gesichert ist, kann der Erbe des Verpflichteten sich nicht auf die Beschränkung seiner Haftung berufen (§ 884). Bei ungerechtfertigter Löschung würde der Erbe dagegen die beschränkte Erbenhaftung geltend machen können.

6. M. E. läßt sich aus § 1098 Abs. 2 ein weiteres Argument ableiten: Daß der Rechtsbestand der dinglichen Rechte von der unberechtigten Löschung unabhängig ist, hat das Gesetz nirgendwo ausdrücklich ausgesprochen. Man kann es aber aus manchen Stellen (§§ 891, 892) entnehmen.

Das dingliche Vorkaufsrecht ist im Bürgerlichen Gesetzbuch als Sachenrecht konstruiert[51]). Dritten gegenüber soll das Vorkaufsrecht „die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Anspruches auf Uebertragung des Eigentums" haben (§ 1098 Abs. 2).

Wenn nun das Vorkaufsrecht versehentlich gelöscht wird, so müßte das auch die Wirkung haben, die die Löschung der Vormerkung für Dritte hat. Hier ergeben sich drei Möglichkeiten:

a) Entweder läßt man die Wirkung der Vormerkung und des Vorkaufsrechtes untergehen. Dann trifft der Wortlaut des Gesetzes zu, daß beide Institute dieselben Wirkungen haben. Dann aber würde von dem Satz „Rechte gehen durch ungerechtfertigte Löschung nicht unter" eine Ausnahme gemacht. Es ist aber schlechterdings nicht einzusehen, weshalb z. B. die beschränkte

49) Güthe a. a. O.; Planck-Strohal § 880, II, 1c; RGR, Komm. § 880 Anm. 2; Güthe GBO. 2. Aufl. § 46 Anm. 34; Sekler S. 133; Staudinger-Kober § 880, I a.

50) KG. J. Bd. 22 S. 311; OLG. Bd. 3 S. 231.

51) v. Tuhr Bd. I S. 136.

persönliche Dienstbarkeit oder die Hypothek fortbestehen, das Vorkaufsrecht dagegen untergehen soll. Das kann nicht sein.

b) Zweite Möglichkeit: Man läßt die Wirkung der Vormerkung erlöschen, entnimmt aber aus dem nirgendwo ausgesprochenen Grundsatz für Rechte im allgemeinen, daß das dingliche Vorkaufsrecht nicht untergehen kann. Dann müßte der Gesetzeswortlaut falsch sein. Es trifft dann eben nicht in der Allgemeinheit, sondern nur mit einer erheblichen Einschränkung zu, daß die Wirkungen des Vorkaufsrechtes Dritten gegenüber sich nach der Uebereignungsvormerkung richten. Das Bedenkliche dabei ist, daß man die Korrektur des Gesetzeswortlautes auf eine unbewiesene Annahme, nämlich, daß die Vormerkung erlischt, stützen muß.

c) Oder aber man läßt weder die Wirkung der Vormerkung noch des Vorkaufsrechtes untergehen. Dann trifft der Wortlaut des Gesetzes zu, man macht von dem Satz, daß die Rechte fortbestehen, keine (unsinnige) Ausnahme, und man erhält ein sehr brauchbares Ergebnis. M. E. genügen diese Ausführungen, um die Annahme zu rechtfertigen, daß die Vormerkung durch eine unberechtigte Löschung nicht untergeht.

§ 7.

Die Anwendbarkeit der übrigen Vorschriften für die Sachenrechte auf die Vormerkung.

A. Die Aufhebung der Vormerkung (§ 875).

Dieser Zusammenhang erfordert nur die Erörterung der Frage, wie die Vormerkung als solche, nicht wie der persönliche Anspruch rechtsgeschäftlich aufgehoben wird. Bedarf der Verzicht auf die Vormerkung der Aufgabeerklärung und der Löschung? Welche Normen sind maßgebend?

1. Stellung der herrschenden Lehre.

§ 875 spricht nur von „Rechten an einem Grundstück"; auf Rechte „an einem Grundstücksrecht" bezieht er sich nicht. Zur Aufhebung derartiger Rechte ist die einseitige Aufgabeerklärung ausreichend [52]). Für die Vormerkung sagt man: „Vormerkungen sind keine Rechte an Grundstücken, werden auch dem

52) Zitate in allen Kommentaren.

§ 875 nicht in analoger Anwendung zu unterstellen sein[53])." Man sollte nun daher dieselbe Regelung wie für Rechte an Grundstücks r e c h t e n, im Gegensatz zum Grundstück selbst, erwarten, jedenfalls soweit Grundstücks r e c h t e von der Vormerkung betroffen werden, nämlich Aufhebung durch bloße Aufgabeerklärung ohne Löschung. Hier vertritt jedoch die herrschende Meinung den Standpunkt, daß ohne Ausnahme der „Verzicht des Gläubigers auf die Vormerkung . . . . nur in Verbindung mit der Löschung" wirkt[54]).

Die Regelung für Rechte an Grundstücken und an Grundstücksrechten und die Behandlung der Vormerkung würden daher insoweit voneinander abweichen, als die Vormerkung immer, auch wenn sie ein R e c h t an einem Grundstück betrifft, nur durch Verzichterklärung und Löschung untergeht[55]).

Die entscheidene Fragestellung, die die folgende Erörterung beantworten muß, liegt in dem Problem, a) ob jene Behandlung der Vormerkung, soweit sie mit der Regelung für die Rechte ü b e r e i n s t i m m t (§ 875), m i t e i n e r A n a l o g i e a u s § 875 begründet werden darf, und b) wie die ungleiche Behandlung zu rechtfertigen ist.

2. Hat es Sinn, den § 875 analog anzuwenden?

Die Frage wird hier mit G ü t h e[56]) bejaht. Der Grundgedanke, der in § 875 steckt, ist positiv-rechtlicher Natur; er ist keine logische Folge der Rechtsnatur der unter ihn fallenden Tatbestände, was für die Vormerkung erst zu beweisen wäre. Für die Regelung des § 875 sind vielmehr reine Zweckmäßigkeitserwägungen maßgebend.

Der E. I enthielt noch keine allgemeine Norm für die Aufhebung von Rechten an Grundstücken, sondern nur Einzelbestimmungen bei den verschiedenen Sachenrechten[57]), die übereinstimmend Aufgabeerklärung und Löschung verlangten. Die Motive[58]) erklären, daß diese Regelung „nur nach Zweckmäßigkeitsgründen" getroffen worden ist; maßgebend war (Bd. III S. 462):

53) Rosenberg § 875, II, 1 a; ebenso Staudinger-Kober § 875 (I, 1) mit Zitaten.
54) Rosenberg, § 883 (IV, 7 b β) mit Zitaten.
56) Rosenberg § 883 (IV, 7 b β) mit Zitaten.
56) Gruch. Beitr. Bd. 57 S. 63 f.
57) E. I §§ 960, I; 965, I; 977 I; 1015; 1048; 1061, I.
58) Mot. Bd. III S. 462.

a) die Rücksicht auf eine stets Richtig- und Vollständigerhaltung des Grundbuches;

b) das Bestreben, für Dritte erkennbar zu machen, ob ein Verzicht erklärt worden ist; ein formloser Verzicht sei für Dritte oft nicht von obligatorischen Rechtsgeschäften, die zur Verzichtserklärung verpflichten, genügend unterscheidbar.

Durch die II. Kommission wurden, ohne daß eine sachliche Aenderung beabsichtigt war (Prot. Bd. III S. 71), die oben zitierten Einzelbestimmungen zu dem heutigen § 875 zusammengezogen (Prot. Bd. III S. 70).

Diese Zweckmäßigkeitserwägungen: Richtigkeit und Vollständigkeit des Grundbuches und die Möglichkeit für Dritte, das dingliche Geschäft von einem obligatorischen zu unterscheiden, treffen, wie Güthe (S. 65) mit Recht hervorhebt, auch auf die Vormerkung zu. Es ist daher kein Grund einzusehen, § 875, der nur Rechte „an Grundstücken", nicht Rechte an Grundstücksrechten betrifft, auf diejenigen Vormerkungen auszudehnen, die das Grundstück selbst betreffen, z. B. auf die Vormerkung zur Sicherung eines Anspruches auf Uebereignung, auf Einräumung eines Rechtes „an dem Grundstück".

3. Es fragt sich aber, ob über § 875 hinaus und in Abweichung von der Regelung für Rechte an Grundstücksrechten zum Erlöschen einer Vormerkung, die an einem Sachenrecht besteht (z. B. Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Aufhebung oder Uebertragung einer Hypothek) außer der Verzichtserklärung noch die Löschung zu fordern und wie das zu rechtfertigen ist.

Es gibt im Bürgerlichen Gesetzbuch nur zwei sachenrechtliche positive Herrschaftsrechte, die überhaupt Rechte an einem Sachenrecht sein können, nämlich Nießbrauch und Pfandrecht. Daraus folgt, daß es nur zwei Fälle geben kann, die außerhalb des § 875 liegen: a) Nießbrauch, b) Pfandrecht an einem Sachenrecht.

Diese einzigen möglichen Fälle sind positiv geregelt: Nach § 1072 mit § 1064 erlischt der Nießbrauch, nach § 1273 Abs. 2 mit § 1255 Abs. 1 erlischt das Pfandrecht an einem Sachenrecht durch Aufgabeerklärung ohne Löschung. Es kommt nun entscheidend darauf an, was der Grund für diese Regelung ist. Ist sie der Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens oder ist sie positivrechtlich? Das kann nur aus der Entstehungsgeschichte beantwortet werden. Mir scheint, daß das Gesetz hier eine Ausnahme von einem Grundsatz machen wollte.

Die Motive (Bd. III S. 542) heben hervor, daß man für diese Fälle die Zweckmäßigkeitserwägungen zurückstellen müsse, da die Löschung eine unnötige Erschwerung sein würde. Die Protokolle (Bd. III S. 416, V) betonen für den Nießbrauch nur, daß für die Löschung kein praktisches Bedürfnis bestehe.

Ich glaube, daß die Ansicht Güthes[59]) richtig ist, daß das Gesetz damit für die einzigen möglichen Fälle positiver Herrschaftsrechte, die nicht von § 875 betroffen werden, Ausnahmebestimmungen von einem wegen der Zweckmäßigkeitsgrundlage allgemeingültigen Grundsatz geben wollte. Die Erwägungen, die das Gesetz bei § 875 geleitet haben, dürften aber auch bei denjenigen Vormerkungen zutreffen, die „Rechte an Sachen" zum Gegenstand haben; sie werden praktisch nicht selten sein; z. B.: Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs auf Abtretung einer Hypothek, auf Aufhebung eines Sachenrechtes etc.

Es wird daher richtiger sein, nicht die Ausnahmebestimmungen, sondern den Grundsatz auszudehnen und mit Güthe (S. 65), Rosenberg (§ 883 IV, 7b ß) u. a. Verzichtserklärung und Löschung zu verlangen.

Aber zwei Ausnahmen müssen gemacht werden: Es ist m. E. nicht zulässig, für die Vormerkung strengere Vorschriften zu verlangen als für die Rechte, die von ihr betroffen oder gesichert werden: Die Aufhebung des Sicherungsmittels, das ein Recht beschränkt oder schützt, kann nicht schwerer sein als die Aufhebung dieses Rechtes selbst. Wenn das Gesetz für die Aufhebung eines Pfandrechtes oder eines Nießbrauchs an einem Sachenrecht die Löschung für unnötig erachtet, so dürfte derselbe Gesichtspunkt auch zutreffen für die Aufhebung der Vormerkung, die die Uebertragung oder die Aufhebung solcher Rechte sichert[60]). Man berufe sich nicht demgegenüber auf den Satz: Ausnahmenormen (nämlich §§ 1072, 1064; 1273 II, 1255 II) dürfen nicht analog angewendet werden; denn dieser Satz ist falsch (vgl. M. Wolff, Ehrenb. Handb. d. Handelsrechts Bd. IV, 1 S. 92; RG. Bd. 65 S. 239).

4. Aus den Erörterungen folgt also: Soweit § 875 reicht, ist er ohne weiteres auf die Vormerkung anzuwenden. Im übrigen ist für diejenigen Vormerkungen, die Rechte an Grundstücken

---

59) S. 65.

60) Ebenso: Planck, Komm. 1915 mit Zitaten: § 886 (1 b); Biermann Erl. 2 b; Predari S. 116 f.; Sekler S. 273 f.

betreffen, eine dem § 875 entsprechende Regelung zu verlangen, da der Grundgedanke zutrifft. Es kann demnach keine Rede davon sein, daß aus dieser Behandlung der Vormerkung etwa ein Argument gegen ihre Rechtsnatur zu ziehen ist. Die positivrechtliche Ausnahme liegt bei den positiven Herrschaftsrechten.

B. Die Aufhebung des von der Vormerkung betroffenen Rechtes (§ 876).

I. § 876 betrifft folgenden Fall: Die Reallast des A ist mit einem Nießbrauch für B belastet. Ohne Zustimmung des B kann A die Reallast nicht aufheben.

Die Belastung eines Grundstücksrechtes hindert in der Regel den Berechtigten (A) nicht, über sein Recht zu verfügen[61]). Zur Aufhebung dagegen ist die Zustimmung des aus der Belastung Berechtigten (B) erforderlich. Dieser Satz entspringt nicht der Rechtsnatur der Belastung, sondern ist positivrechtlich: Das Gesetz will eine Aufhebung unter Vorbehalt des belastenden Rechtes vermeiden (Mot. Bd. III S. 463).

Dieser Regelung würde in Anwendung auf die Vormerkung etwa der folgende Fall entsprechen: Der Anspruch des B gegen A auf Abtretung der Reallast des A ist durch Vormerkung gesichert. Ist die in § 876 für alle subjektiven Rechte gegebene Vorschrift auf die Vormerkungen auszudehnen, sodaß die Aufhebung der Reallast durch A der Zustimmung des Vorgemerkten B bedarf?

1. Standpunkt der herrschenden Lehre.

Die Frage ist bestritten. Die herrschende Lehre erklärt die Zustimmung für erforderlich[62]). Im Ergebnis, aber nicht in der Begründung, ist ihr beizutreten. Bendix (a. a. O.) hält die Löschung für unzulässig, da die Vormerkung zur Voraussetzung hat, daß das Recht eingetragen ist, da sie mit ihm steht und fällt: „Die Löschung des Rechtes schafft mit Notwendigkeit auch die darin wurzelnde Vormerkung aus der Welt; und dazu kann die Löschungsbewilligung des beschränkten Berechtigten allein nicht

61) Staudinger-Kober zu § 876, I.

62) RGR. Komm. § 883 (11); Turnau-Förster § 883 (II, 41); Planck-Strohal § 883 (3 g); Bendix, Gruch. Bd. 49 S. 514; Staudinger-Kober § 883 (V, 1 a γ); Güthe-Triebel § 25 GBO. Anm. 20; Warneyer, Bem. V; Predari GBO, S. 112.
Dagegen aber: M. Wolff § 48 Note 23; Biermann § 888 (2); Raape S. 62; Reichel, Vormerkung S. 121; Rosenberg § 883 (IV, 1 h).

genügen" (S. 514). — Im Reichsgerichtsräte-Kommentar (a. a. O.) wird im Grunde derselbe Gesichtspunkt vorgebracht: „Soweit eine Verfügung mit Notwendigkeit die Aufhebung der Vormerkung zur Folge hat, greift sie unberechtigt in die Rechte des Vormerkungsberechtigten unmittelbar ein. Deshalb ist der Verpflichtete ohne Zustimmung des Vormerkungsberechtigten nicht befugt, ein Recht an einem Grundstück, gegen das die Vormerkung sich richtet, zur Löschung zu bringen, da mit der Löschung des Rechtes auch die Vormerkung zur Löschung gelangen müßte."

2. Kritik.

Diese Ausführungen treffen m. E. nicht zu:

a) Die Aufhebung des betroffenen Rechtes ist eine Verfügung, die die Verwirklichung des Anspruchs vereiteln oder beeinträchtigen würde (§ 883, II). Daraus folgt, daß die Verfügung insoweit relativ unwirksam sein muß. Der Betroffene kann die Rechtsfolge des Erlöschens seines Rechtes gegenüber dem Vorgemerkten nicht setzen[63]), es sei denn, daß dessen Anspruch gerade auf Aufhebung des Rechtes gerichtet ist. Selbst wenn also das Recht gelöscht wird, fehlt es der Vormerkung keineswegs an einem Objekt: Vormerkung und betroffenes Recht bleiben bestehen.

b) Kann der Betroffene also materiell sein Recht gegenüber dem Vorgemerkten nicht aufheben, so fragt es sich, ob mit der Löschung des Rechtes auch die Vormerkung zur Löschung gelangen müßte.

Das ist zu verneinen. Wird das Recht beseitigt, so bleibt buchmäßig doch die Vormerkung bestehen. So mit Recht Raape (S. 62): „Wenn man will, ist das halbe Löschung, Löschung mit Vorbehalt." Die Vormerkung „wurzelt" doch nicht stärker in dem betroffenen als eine Belastung in dem belasteten Recht: Wenn der Richter im Falle des § 876 ordnungswidrig das belastete Recht ohne Zustimmung des Drittberechtigten löscht, so löscht er doch nicht auch das belastende Recht. Ebenso muß es bei der Vormerkung sein; demnach sind m. E. die Bedenken der herrschenden Lehre nicht berechtigt.

Aber der Grund, den Rosenberg[64]) für die Gegenansicht anführt: „. . . . es ist für das heutige Recht nicht mehr richtig, daß eine Löschung eine endgültige und nicht wieder zu beseitigende Verfügung sei", ist auch nicht entscheidend. Nicht des-

63) M. Wolff § 48 (III, 1).
64) Rosenberg § 883, IV, 1 h.

wegen, weil die Löschung zu beseitigen ist, muß es bei der allgemeinen Regel für die Vormerkung bleiben, daß eine Grundbuchsperre nicht eintritt.

II. Erheblich erscheint mir vielmehr ein auf dem Gesetz unmittelbar beruhendes Bedenken: An dem Grundstück des E besteht für R eine Reallast. Für V ist eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des V gegen R auf Abtretung dieses Rechtes eingetragen. Angenommen, eine Löschung der Reallast wäre ohne Zustimmung des Vorgemerkten V zulässig. Wie kann dann V die Reallast später erwerben?

Da materiellrechtlich zugunsten des V die Reallast noch dem R zusteht, ist die Einigung der beiden und die Eintragung (§ 873) erforderlich und genügend. Aus dem Grundbuch geht zwar, da die Vormerkung eingetragen ist, hervor, daß R gegenüber V noch Reallastberechtigter ist. Aber da buchmäßig die Reallast entfernt ist, kann auf Grund der Bewilligung des R die Eintragung nicht erfolgen: Als der durch Wiedereintragung dieses Rechtes buchmäßig Betroffene erscheint nicht R., sondern der Eigentümer E. Eine Eintragung kann daher nur auf Grund seiner Bewilligung erfolgen (§ 19 GBO.). Es fragt sich, ob und von wem E zur Erteilung der Eintragungsbewilligung gezwungen werden kann.

1. R hat keinen Anspruch gegen E. Die Aufhebung der Reallast des R ist relativ unwirksam; d. h. im Verhältnis des R zu V und des E zu V wird R als Reallastberechtigter angesehen. Nicht dagegen im Verhältnis des E zu R. Dann müßte schon absolute Unwirksamkeit vorliegen. Also kann R gegenüber E nicht das Bestehen seiner Reallast geltend machen. Er hat demnach nicht den Berichtigungsanspruch aus § 894.

2. V hat gegen E auch keinen Anspruch. Auf § 894 kann er sich nicht stützen, da die Aktivlegitimation fehlt: Er ist nicht derjenige, „dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen oder durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist". Im Grundbuch steht, daß der Anspruch des V durch Vormerkung gesichert ist. In Ansehung der Vormerkung ist alles in Ordnung.

Aber auch ein Anspruch gegen E aus § 888 ist ihm versagt; denn: Diese Vorschrift behandelt nur den Fall, daß ein Dritter das betroffene Recht „erwirbt"; es ist eine Uebertragung, nicht eine Aufhebung des Rechtes vorausgesetzt. Der Eigentümer E hat die Reallast nicht „erworben"; wirtschaftlich hat er allenfalls einen Vorteil, aber rechtlich ist die Reallast „untergegangen".

Das Ergebnis ist also: Ausgerechnet für den Fall, den das Gesetz für Rechte im § 876 ordnet, hat es sich einer Regelung für die Vormerkung enthalten! Warum regelt das Gesetz nicht auch diesen Fall?

Nun könnte man sich mit einer analogen Anwendung des § 888 helfen: Wenn das Gesetz dem Vorgemerkten bei der Uebertragung des betroffenen Rechtes einen Anspruch gegen den Erwerber gibt, so muß es ihn ebenso bei der Aufhebung des Rechtes gegen denjenigen geben, dem die Aufhebung zustatten kommt. Ist das aber zulässig? Steht dieser Analogie nicht ein im Gesetz zum Ausdruck kommender Wille entgegen? Diese Frage muß m. E. bejaht werden:

Der Anspruch aus § 888 wurde positiv gegeben, um die Schwierigkeiten, die sich in der Praxis infolge der Konstruktion der relativen Unwirksamkeit zeigten, zu beheben. Prot. Mugdan (Bd. III S. 570): „Im Interesse der Praxis werde es sich aber allerdings empfehlen, eine Entscheidung im Gesetz zu geben, in welcher Weise der Gläubiger sein Recht gegen den eingetragenen Eigentümer zur Durchführung zu bringen habe. In letzter Hinsicht seien in der Tat in der Praxis Schwierigkeiten hervorgetreten und die bloße Verweisung auf eine sachgemäße Auslegung erscheine insoweit nicht als genügend."

Also Schwierigkeiten wollte man beseitigen! Es mußte sich dem Gesetz doch geradezu aufdrängen, daß, wenn es eine wohlüberlegte Vorschrift bloß für den „Erwerb", d. h. für die Uebertragung des betroffenen Rechtes gab (888), damit nicht alle Verfügungen des § 883 Abs. 2 treffen konnte. Für ein Redaktionsversehen ist kein Anhalt. Das Gesetz kann den vorliegenden Fall nicht übersehen haben. Wenn es ihn aber trotzdem nicht regelt, so ist m. E. daraus zu schließen, daß es davon ausgeht, der vorliegende Fall werde von § 876 getroffen! Die §§ 888 und 876 stehen zu nahe, als daß ein derartiger Schluß unzulässig sein sollte. Aus diesem Grunde folge ich der herrschenden Lehre, daß § 876, der für alle Rechte gilt, auch auf die Vormerkung anwendbar ist.

C. Aenderungen im Inhalt der Vormerkung (§ 877).

Streitig ist die Anwendbarkeit des § 877 auf die Vormerkung. Rosenberg[65]) ist der Ansicht, daß eine Aenderung der Vor-

65) zu § 883 (V, 2 d γ).

merkung allein wie ihre Begründung gemäß § 885 erfolgt. Dagegen tritt Güthe[66]) für eine analoge Anwendung des § 877 ein.

Die Frage muß an Hand von praktischen Fällen geprüft werden. Es gibt aber nur ganz wenige allerwärts anerkannte Beispiele, was sich aus der negativen Umgrenzung des Begriffes „Inhaltsänderung" erklärt: Man nennt einerseits „Verfügungen" diejenigen Willenserklärungen, durch welche das Recht aufgehoben, belastet, übertragen oder in seinem Inhalt geändert wird[67]), andererseits definiert man die Inhaltsänderung als die Verfügung, durch welche ein Sachenrecht weder aufgehoben noch belastet noch übertragen wird[68]).

Ein Beispiel ist die Ausschließung der Abtretbarkeit des Rechtes[69]). §§ 399 und 413 gelten zwar nur für Rechte; doch müssen diese Vorschriften auf die Vormerkung ausdehnbar sein: Ebenso wie § 401 ist auch § 399 auf die Vormerkung anwendbar. Wie ist demnach der folgende Fall zu behandeln?

Die Forderung des A auf Uebereignung des Grundstücks des B ist durch eine Vormerkung gesichert. Nachträglich soll der Inhalt der Vormerkung dahin geändert werden, daß sie bei Uebertragung des obligatorischen Anspruchs auf einen Dritten nicht mit übergehen soll, sodaß der Dritte keine Vormerkung erlangt, sondern nur auf dem Wege des § 885 (§ 873) eine neue zur Entstehung bringen kann, aber u. U. mit schlechterem Range.

Rosenberg[70]) meint, eine derartige Inhaltsänderung gehe wie die Begründung vor sich. Aus § 885 ist aber nach der hier vertretenen Auffassung nichts zu entnehmen, da er einen anderen Sinn hat als die herrschende Lehre ihm beilegt. Selbst wenn aber die Vormerkung einseitig sollte entstehen können, so kann § 885 nicht in Frage kommen: Die Bestellung einer Vormerkung durch einseitiges Rechtsgeschäft ist stets eine Verfügung auf Seiten des Bestellers (B). Bei der Inhaltsänderung in diesem Falle liegt nicht einmal eine Verfügung auf Seiten des B vor, da sie ihm ja nur Vorteil bringt. Daß aber auch der andere (A) einseitig den Inhalt ändern kann, davon enthält § 885 nichts.

66) GBO. § 25 Anm. 32.
67) Enneccerus § 134, I.
68) M. Wolff § 40, I.
69) Kober § 877 (1 ß)- Rosenberg § 877 (I, 2 d ß).
70) § 883 (V, 2 d γ).

Die nachträgliche Hinzufügung eines Rangvorbehalts zu der Vormerkung ist eine Inhaltsänderung [71]).

Beispiel: B hat dem A eine Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek bestellt. B möchte nun im Rang vor der Vormerkung eine Hypothek für C eintragen lassen. Er kann nicht einseitig der Vormerkung einen Rangvorbehalt beifügen; denn der Verlust habende Teil ist nicht B, sondern A. Das Grundstück des B wird durch den Rangvorbehalt nicht „betroffen".

Die Hinzufügung einer Bedingung widerspricht dem Wesen der Vormerkung nicht [72]). Beispiel bei Güthe (Gruch. Beitr. Bd. 57 S. 66): „A bestellt zur Sicherung des Anspruchs des B auf Uebertragung des Eigentums an dem Grundstück des A dem B eine Vormerkung für den Fall, daß B bis zum 1. Januar 1914 sein Grundstück dem A aufläßt."

Streng genommen ist die nachträgliche Hinzufügung einer derartigen Bedingung Aufhebung des unbedingten und Begründung eines bedingten Rechtes [73]). Man wird den Vorgang aber mit M. Wolff (§ 40, I), v. Tuhr (a. a. O.), Kober (§ 877 I 7) als Inhaltsänderung auffassen dürfen. Wie will man begründen, daß die Hinzufügung einer solchen Bedingung zu der unbedingten Vormerkung einseitig geschehen kann? Nicht mit § 885; denn dieser trifft nur Verfügungen des Bestellers der Vormerkung; hier verfügt der Besteller der Vormerkung aber nicht.

Im Sinne des Gesetzes kann m. E. nur die Lösung liegen: (Analoge) Anwendung des § 877!

D. Der Rang der Vormerkung (§ 879).

Es ist m. E. ganz unbedenklich, von einem Rang der Vormerkung zu sprechen. Die bestehende und eingetragene Vormerkung kann nicht übergangen werden. Nach § 883 Abs. 3 bestimmt sich der Rang des Rechtes, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, nach der Eintragung der Vormerkung. Wenn demnach die Vormerkung dem Recht, dessen Entstehung sie sichern soll, den Rang wahren kann, so kann man ihr selbst auch schon einen Rang beilegen. Aus der Natur der Sache folgt, daß § 879 Abs. 1 sachlich auf die Vormerkung anwendbar ist. Da aber ihre

---

71) M. Wolff § 40 I mit Zit.
72) Staudinger-Kober § 883 (II A c).
73) v. Tuhr II, 2 S. 286.

Entstehung sich nach § 873 richtet, so ist auch § 879 Abs. 2 auf die freiwillige Vormerkung auszudehnen.

E. Die Rangänderung der Vormerkung (§ 880).

Es ist weithin anerkannt[74]), daß § 880 auf die Vormerkung anwendbar ist.

F. Der Rangvorbehalt (§ 881).

Es ist selbstverständlich und, soweit ich sehe, auch nicht bezweifelt, daß § 881 auf Vormerkungen auszudehnen ist.

G. Anwendbarkeit des § 892 auf die Vormerkung?

Die Frage ist bestritten, ob § 892 Abs. 1 S. 1, soweit er eine Norm für Rechte an Grundstücken und Rechte an solchen Rechten gibt, auf die Vormerkung anwendbar ist. Die herrschende Lehre[75]) lehnt das ab, weil die Vormerkung kein Recht sei. Dagegen wendet sie § 893 an, weil die Bestellung einer Vormerkung eine Verfügung über das betroffene Recht enthalte.

Der herrschenden Lehre muß auch hier widersprochen werden; denn sie muß zu einem sinnlosen, willkürlichen Ergebnis führen. Beispiele:

1. Fall: B hat gegen A einen Anspruch auf Uebereignung eines Grundstückes. A ist im Grundbuch als Eigentümer eingetragen worden, in Wahrheit aber Nichtberechtigter. Der obligatorische Anspruch des B gegen A wird dadurch (normalerweise) nicht berührt. — A bestellt B eine Vormerkung zur Sicherung dieses Anspruchs. B weiß nicht, daß A Nichteigentümer ist. Die herrschende Lehre nimmt an, daß B eine Vormerkung erlangt hat, die dem wahren Eigentümer gegenüber wirksam ist (§ 893).

2. Derselbe Fall: Der Gläubiger B weiß jedoch, daß A Nichtberechtigter ist. Er erwirbt die Vormerkung nicht (§§ 893, 892). C, der den Sachverhalt nicht kennt und glaubt, daß B eine gültige Vormerkung hat, erwirbt den Anspruch gegen A durch Rechtsgeschäft mit B. C wird als Vorgemerkter im Grundbuch eingetragen. Hat C eine Vormerkung erlangt?

---

74) Güthe, Gruch. Beitr. Bd. 57 S. 98; Planck-Strohal § 880, II (1 c); RGR. Komm. § 880 (2); Güthe GBO. § 46 Anm. 34; Sekler S. 133; Kober § 880 (I a); KGJ. Bd. 22 A. 311; OLG. Bd. 3 S. 231.

75) Zitate in allen Kommentaren.

Die herrschende Lehre muß verneinen; denn da sie die Vormerkung nicht als ein Recht ansieht, in Ansehung dessen zwischen B und C ein Verfügungsgeschäft (§ 893) vorgenommen worden wäre, so kann dieser Fall von § 893 nicht gedeckt werden. Es kann aber nun gar keine Frage sein, daß der gute Glaube des C ebenso geschützt werden muß wie der des B im Falle 1. Das Ergebnis ist unannehmbar: Entweder schützt man beide oder keinen!

Die Sachlage ist genau die gleiche, ob B nun den als Eigentümer eingetragenen A oder C nun den als Vorgemerkten eingetragenen B für den Berechtigten hält. Die herrschende Lehre kann den § 893 nicht analog ausdehnen, da sie ihn ja überhaupt nur deshalb anwendet, weil die Vormerkung kein Recht ist. Wenn sie den Fall decken will, müßte sie schon § 892 Abs. 1 Satz 1 analog ausdehnen.

Rosenberg[76]) meint, die Verfügungen über die Vormerkung seien „im Grunde Verfügungen über den Anspruch". Schon die Einschränkung „im Grunde" zeigt, daß es im Grunde doch nicht so ist: Wenn der Schuldner seinem Gläubiger eine Vormerkung bewilligt, so verschafft er ihm durch die „Verfügung" eine Rechtsposition, die von seinem Anspruch verschieden ist; obligatorischer Anspruch und ein Stück des Inhaltes des dinglichen Rechtes (denn über dieses wird verfügt) sind heterogene Rechtsgebilde. Verfügt aber der Vorgemerkte über diese Rechtsposition, so verfügt er eben nicht nur über den Anspruch.

Bei dieser Sachlage erscheint mir die Ansicht des Obergerichtes Kaunas (JW. 1926 S. 2870) als die allein richtige: „Hat . . . . der Erwerber der Vormerkung gewußt, daß der als Grundstückseigentümer Eingetragene in Wahrheit nicht Eigentümer war, so erwirbt er selbst zwar die Vormerkung nicht, wohl aber derjenige, der von ihm die Vormerkung rechtsgeschäftlich erwirbt (vorausgesetzt, daß er den durch die Vormerkung gesicherten obligatorischen Anspruch ebenfalls abgetreten erhält; denn ohne diesen kann die Vormerkung nicht abgetreten werden). Insoweit wird man den § 892 BGB., auch wenn man die Vormerkung nicht als dingliches Recht im Sinne dieses Gesetzes ansieht, doch analog anwenden dürfen".

---

76) § 883 (V 2 d α).

77) M. Wolff § 48 (VII, 1); Rosenberg § 883 (V, 2 d n) herrschende Lehre; a. A. Fuchs LZ. 1914 S. 12.

H. Der Erwerb der Vormerkung durch den von ihr Betroffenen (§ 889).

§ 889 betrifft nicht den Fall, daß sich Forderung und Schuld in einer Person vereinigen, sondern daß Recht und dingliche Belastung des Rechts in einer Person zusammentreffen. Die herrschende Lehre hält § 889 für unanwendbar auf die Vormerkung. Wenn also der Eigentümer die Hypothekenvormerkung erwirbt, müßte diese erlöschen. Für die Regel ist das gewiß richtig. Verfehlt ist es aber m. E., diese Rechtsfolge damit zu begründen, daß die Vormerkung kein Recht sei. Es ist vielmehr so: Die Vormerkung kann ohne den ihr zugrundeliegenden persönlichen Anspruch nicht bestehen; dieser persönliche Anspruch geht nun regelmäßig bei einer Vereinigung von Recht und dinglicher Belastung durch Konfusion unter. Daher ist der Grund des Erlöschens der Vormerkung nicht die Tatsache der Vereinigung von Recht und dinglicher Belastung in einer Hand, sondern der Untergang des persönlichen Anspruches, dessen die Vormerkung zum Bestande bedarf. Der wahre Grund für die Nichtanwendbarkeit des § 889 ist also nur der Untergang der Forderung, nicht die mangelnde Rechtsnatur der Vormerkung. Das zeigt sich deutlich dann, wenn trotz einer Vereinigung von belastetem Recht und Vormerkung der persönliche Anspruch nicht untergeht. Hier sei ein Beispiel angeführt, das von Fuchs LZ. 1914 S. 12 m. E. richtig entschieden wird: Für V ist auf dem Grundstück des E eine Hypothekenvormerkung eingetragen. Der vorgemerkte persönliche Anspruch des V gegen E wird von P gepfändet. Der Eigentümer E stirbt. Sein Erbe ist der Vorgemerkte V. Geht die Vormerkung unter?

Das Pfandrecht des P an der Forderung des V gegen E verhindert, daß der Anspruch bei einer Vereinigung von Gläubiger und Schuldner (Konfusion) untergeht. Da nun der persönliche Anspruch bestehen bleibt, so ist kein Grund einzusehen, warum sein Sicherungsmittel, die Vormerkung untergehen soll! Hier trifft § 889 zu. In den Regelfällen ist diese Norm zwar unanwendbar; aber nicht, weil die Vormerkung kein Recht ist. Der Grund ist vielmehr die streng durchgeführte Akzessorietät!

J. Die Verjährung der Ansprüche aus eingetragenen Rechten (§ 902).

Auch § 902: „Die Ansprüche aus eingetragenen Rechten unterliegen nicht der Verjährung" ist auf die Vormerkung zu erstrecken[78]). Nur muß man genau beachten: Ansprüche „aus

78) Petersen-Enge S. 50.

der Vormerkung" sind nicht die obligatorischen Ansprüche, die durch die Vormerkung gesichert werden sollen. Es kann sich vielmehr hier nur um „dingliche" Ansprüche handeln. An sich verpflichtet die Vormerkung zu nichts. Wie aber aus den dinglichen Rechten sogen. dingliche Ansprüche erwachsen, so kann auch ein Anspruch auf der Vormerkung beruhen: Ein Beispiel ist § 888: Den Anspruch auf den Realisationskonsens hat der Vorgemerkte qua Vormerkung. Wenn er auch nicht eine logische Konsequenz der Vormerkung ist, kann man ihn doch als „Anspruch aus der Vormerkung" auffassen. In folgendem Beispiel wird man § 902 anwenden dürfen:

Der Anspruch des V gegen E auf Uebereignung seines Grundstücks ist durch Vormerkung gesichert. E hat das Grundstück an N veräußert. V macht aus irgendeinem Grunde seine Ansprüche noch nicht geltend. Nach dreißig Jahren würde der Anspruch gegen E verjähren (§ 195); aber nach 29 Jahren erkennt E ihn an. Die Verjährung wird unterbrochen (§ 208). Der Anspruch behält seine volle Kraft, d. h. es steht ihm keine Einrede des E entgegen. Nach 35 Jahren einigen sich A und E (§§ 883 Abs. 2, 925, 873) über den Eigentumsübergang. A klagt gegen N auf Realisationskonsens (§ 888). Obwohl der Anspruch schon 35 Jahre gegen N besteht, ist er nicht verjährt. Wie sollte er verjähren, wenn die Vormerkung noch vollwirksam ist[79])?

K. Die Klage im dinglichen Gerichtsstand (§ 24 ZPO.).

§ 24 ZPO. gibt eine Vorschrift für „dingliche Belastungen" eines Grundstücks schlechthin; er ist auf die Vormerkung auszudehnen; doch ist zu unterscheiden: Klagt der Vorgemerkte gegen den Besteller der Vormerkung, so klagt er immer aus der der Vormerkung zugrunde liegenden Forderung. Hierfür gilt § 24 ZPO. nicht. Klagt er dagegen qua Vorgemerkter, aus dem sachenrechtlichen Tatbestand gegen Dritte, so macht er ein Recht geltend, das mit der dinglichen Wirkung der Vormerkung in Zusammenhang steht, ein dinglicher Anspruch ist. So gehört die Klage auf den Realisationskonsens gegen den Dritten aus § 888 in den Gerichtsstand des § 24 ZPO.[80]).

---

79) So auch Marie Petersen-Enge S. 50.

80) Gaup-Stein-Jonas 1926 I § 24, III, 2a; Hellwig, I. Teil 1912 (§ 53, III, 1b); KG. Rspr. Bd. 20 S. 289; L. v. Seuffert, Komm. z. ZPO. 1910 § 24 (2b).

Hat es demnach sehr wohl Sinn, die Vorschriften über die Sachenrechte auf die Vormerkung anzuwenden, so ist kein Grund einzusehen, warum man die Vormerkung nicht als ein Sachenrecht bezeichnen soll; es ist schon richtig, was Fuchs (LZ. 1914 S. 9) sagt: Es „bricht die materielle Belastungsnatur der Vormerkung überall mit elementarer Gewalt durch, mag man sich der Gesetzesterminologie wegen noch so sehr dagegen sträuben". Die Vormerkung ist ein Sachenrecht, und zwar ein Recht „an dem Grundstück", sofern ihr Beziehungsgegenstand die Sache selbst ist (Vormerkung zur Sicherung eines Anspruches auf Uebereignung, auf Hypothekenbestellung). Ein Recht an einem Grundstücksrecht, aber ein Sachenrecht, „dingliches Recht" (vgl. oben § 1), wenn ihr Gegenstand ein Recht an einem Grundstück oder einem Grundstücksrecht ist (Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Abtretung, Aufhebung der Hypothek usw.). Diese Unterscheidung hat ihr Analogon: Der Nießbrauch am Grundstück ist ein „Recht an der Sache", der Nießbrauch an einem Grundstücksrecht ist ein Recht an einem Sachenrecht, aber ebenfalls ein Sachenrecht, dingliches Recht. —

2. Die Vormerkung als negatives Herrschaftsrecht.

§ 8.

Die Vormerkung beschränkt nur das rechtliche Können.

1. Der Beziehungsgegenstand des rechtlichen Könnens ist stets die Schaffung einer Rechtsfolge, nie die Setzung einer Tatbestandes[81]). Die Vormerkung bewirkt nun keine Grundbuchsperre[82]), d. h. der von ihr Betroffene kann Verfügungstatbestände setzen. Ob eine Person das kann, hat aber mit der Frage des Könnens im Rechtssinne nichts zu tun. Eine derartige Folge bestimmt sich nach dem natürlichen Können[81]). Wie oben § 1 dargelegt, enthält die Verfügung unter aufschiebender Bedingung gleichzeitig eine Verfügungsbeschränkung[83]) (§ 161). Beispiel: A hat seine Hypothek unter aufschiebender Bedingung auf B

81) Dölle a. a. O. S. 498.
82) M. Wolff, § 48 Anm. 17.
83) KG. J. Bd. 52 S. 128: „der relativen Verfügungsbeschränkung gleichgeartet".

übertragen. Während Schwebens der Bedingung kann er noch über die Hypothek „verfügen", d. h. der Richter verweigert die Eintragung nicht; aber A kann nur den Tatbestand setzen, nicht die Rechtsfolge. Endgültig kann er die Hypothek nicht von seinem Vermögen lösen.

Den Verfügungsbeschränkungen ist nur wesentlich, daß die Rechtsfolge der Verfügung, die gültige Uebertragung, Belastung, Inhaltsänderung nicht geschaffen werden kann. Das Objekt des negativen Herrschaftsrechtes wird stets im Vermögen des Betroffenen mit Wirkung für jedermann (absolute, u. U. bloß schwebende Unwirksamkeit) oder nur zugunsten des aus dem negativen Herrschaftsrecht Berechtigten (relative Unwirksamkeit) festgehalten. Seine eigenen Rechtsverhältnisse kann er insoweit nicht ändern [84]).

2. Dieses Merkmal zeigt sich auch bei der Vormerkung: § 883 Abs. 2, § 888. Eine Verfügung ist unwirksam. Sie wird als nicht vorgenommen, d. h. die Rechtsfolge wird als nicht eingetreten angesehen. Auch Rosenberg [85]), der im übrigen anderer Ansicht ist, gibt zu, daß die Wirkungen der Vormerkung denen der Verfügungsbeschränkung entsprechen. Ebenso das Kammergericht [86]): „Wenn auch die Vormerkung kein dingliches Recht und keine Verfügungsbeschränkung ist, so wirkt sie doch wie eine Verfügungsbeschränkung (§ 883 Abs. 2 BGB.)."

Wie die Unwirksamkeit ausgestaltet ist, ist gleichgültig. Es gibt (vgl. oben § 1) Verfügungsbeschränkungen mit subjektiv relativer (§§ 135 f.), mit absoluter (§§ 161, 399, 400), mit schwebender Unwirksamkeit. Die Vormerkung bewirkt subjektiv und objektiv relative Unwirksamkeit: §§ 883 Abs. 3, 888 [87]). Sie ist aber nicht auch eine „hypothetische", wie Reichel (S. 111) meint; denn hypothetisch ist nicht die Unwirksamkeit, sondern nur das Maß der Beeinträchtigung. § 883 Abs. 2 sagt: Eine Verfügung ist unwirksam, und die Beeinträchtigung ist in die hypothetische Form gekleidet [88]); es heißt nicht: Die Verfügung „wird" unwirksam, wenn sie beeinträchtigt. Auch § 185 unterscheidet zwischen Wirksamsein und Wirksamwerden. Die Vormerkung enthält also die den Verfügungsbeschränkungen wesentliche Beschränkung des rechtlichen Könnens.

84) Dölle a. a. O. S. 500.
85) Rosenberg JW. 1926 S. 2621, Nr. 6.
86) KGJ. Bd. 52 S. 164.
87) M. Wolff § 48 zu Anm. 19.
88) Leyser a. a. O. S. 12.

§ 9.

Die Vormerkung gewährt kein Recht zu einem aktuellen Handeln.

1. Die negativen Herrschaftsrechte unterscheiden sich von den positiven dadurch, daß sie keine aus dem beschränkten Recht abgeleitete Macht zu einem eigenen Können, kein Recht zu eigener Verfügung über das betroffene Recht, zur Verwertung der belasteten Sache oder des beschränkten Rechtes gewähren: Die Hypothek, die Reallast gewähren ein Recht zur Befriedigung aus der Sache, das dingliche Vorkaufsrecht enthält das Recht, durch eigene Erklärung einen anderen zur Uebereignung zu verpflichten. Bei den negativen Herrschaftsrechten ist das Korrelat der Beschränkung nicht das aktuelle Können, sondern nur das Recht, dessen Inhalt das Nichtkönnen des anderen ist[89]).

a) Nirgendwo ist angeordnet, daß der Vorgemerkte über das betroffene Recht verfügen kann. Berechtigter ist der Vormerkungsgegner. Er kann nicht verfügen; aber ebensowenig der Vorgemerkte.

b) Er kann die Sache, das Recht nicht in der Art verwerten, wie etwa der Hypothekengläubiger oder der Vorkaufsberechtigte. Wenn der Vorgemerkte das Recht erwerben will, das Gegenstand der Vormerkung ist, so ist er wie jeder Gläubiger auf seinen persönlichen Anspruch angewiesen; aus ihm muß er klagen (darüber § 10 der Arbeit). „Positive" Wirkungen hat die Vormerkung nicht. Ob ihre Wirkungen im Konkurse, in der Zwangsversteigerung, beim Erbfall mit einer Verfügungsbeschränkung im Widerspruch stehen, ist unten besonders zu erörtern. Dagegen ist in diesem Zusammenhang zu prüfen, ob etwa der Anspruch des Vorgemerkten auf den Realisationskonsens gegen denDritten aus § 888 (Recht auf ein Sollen) der Beschränkung des von der Vormerkung Betroffenen entspricht.

2. Der Anspruch aus § 888 ist k e i n aus dem belasteten Recht abgeleitetes Recht. Um das zu zeigen muß mit einigen Worten auf die relative Unwirksamkeit eingegangen werden. Die Konstruktion der relativen Unwirksamkeit ist bestritten. Ich schließe mich der herrschenden Lehre an[90]): Die Unwirksamkeit besteht nur gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Verfügungs-

89) Dölle a. a. O. S. 500.

90) v. Tuhr II, 2 S. 16; Enneccerus Allg. Teil § 135, II; M. Wolff § 48 zu Anm. 20.

beschränkung besteht; die Sanktion tritt im allgemeinen ein, nur einem gegenüber nicht. Im Verhältnis zu diesem ist der Verfügende noch Berechtigter. Veräußert der von der Vormerkung beschränkte E das Recht an den Dritten D, so wird im Verhältnis des D zum Vorgemerkten V der Veräußerer E als Berechtigter angesehen. Woher stammt nun der Anspruch des V gegen D aus § 888?

Nicht aus dem Recht des E! Denn E kann nach der Verfügung keine Rechte gegen D haben: Im Verhältnis des E zu D ist D Berechtigter! Also kann der Anspruch des V nicht aus dem Recht des E abgeleitet sein. Der Anspruch ist zwar ein dinglicher, weil er dem Vorgemerkten also solchen zusteht; aber er ist keine logische Konsequenz aus dem Wesen der Vormerkung. Das zeigt sich besonders bei folgender Ueberlegung: Dieselbe Regelung hat das Gesetz für das Veräußerungsverbot getroffen (§ 888 Abs. 2). Angenommen, E wäre nun zugunsten des V in der Verfügung über das Recht an einer beweglichen Sache durch Veräußerungsverbot beschränkt. Veräußert E die Sache an den bösgläubigen D, so hat V gegen D qua Verbotsberechter k e i n e dinglichen Ansprüche. Im Verhältnis des E und des D zu V wird E als Eigentümer angesehen. V erlangt das Eigentum an der Sache, indem er sich mit E über den Eigentumsübergang einigt und sich nach § 931 den Herausgabeanspruch, der im Verhältnis zu ihm (da E als Eigentümer angesehen wird), dem E gegen D zusteht, abtreten läßt (§§ 931, 929). Diese Lösung ist beim Grundstücksverkehr nicht möglich, weil das Recht des Veräußerers nicht mehr eingetragen ist. Daraus folgt, daß der Anspruch aus § 888 positivrechtlicher Natur sein muß. Er hat überhaupt nur Sinn bei der Konstruktion der relativen Unwirksamkeit: Wäre die Verfügung absolut unwirksam, so wäre jemand (D) als Berechtigter eingetragen, der gegenüber niemand Berechtigter ist. Das Grundbuch wäre absolut falsch. Der Veräußerer E hätte (im Gegensatz zu der relativen Unwirksamkeit) einen Berichtigungsanspruch gegen den Erwerber (D) (§ 894), der realisiert werden kann. Bei der relativen Unwirksamkeit mag man das Grundbuch relativ falsch nennen[91]). Aber es ist zu beachten, daß der Anspruch des § 888 mit dem des § 894 nicht das Mindeste zu tun hat. D a s R e c h t d e s V o r g e m e r k t e n i s t n i c h t f a l s c h b e u r k u n d e t (§ 894)[92]). § 888 ist eine

91) M. Wolff § 48 III, 1.
92) Cosack 1924 Bd. II, 1 S. 93.

positivrechtliche Vorschrift, die nur wegen der Konstruktion der relativen Unwirksamkeit Berechtigung hat.

§ 10.

Der gesicherte Anspruch bleibt unverändert.

Die Verfügungsbeschränkungen erschöpfen sich darin, Verfügungen unwirksam zu machen, ihr Objekt im Vermögen des Betroffenen zu erhalten. Sie lassen daher notwendig die Rechtsstellung, die sie schützen wollen (z. B. Ansprüche) unberührt. Das trifft auch bei der Vormerkung zu. Der ihr zugrunde liegende Anspruch bleibt sowohl in seinem Inhalt als auch in seiner Richtung unverändert.

1. Inhalt des Anspruches.

Der Anspruch bleibt ein obligatorisches Recht[93]). Es tritt keine Verdinglichung ein[94]). Wäre das der Fall, so müßte er gegen Dritte gerichtet werden können; das trifft aber nicht zu (s. u. 2). Die Sicherung durch die Vormerkung schützt nur vor dem Leistungsunvermögen des Schuldners[95]). Sie macht aber die Leistung nicht entbehrlich; der Gläubiger ist noch nicht befriedigt. Insbesondere wird durch die Vormerkung kein Stück des Erwerbstatbestandes ersetzt[96]). Das geht einwandfrei aus § 888 hervor; denn dieser setzt voraus, daß die geschuldete Leistung noch nicht bewirkt, sondern noch zu erbringen ist (arg.: „zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruches erforderlich ist" (§ 888)).

2. Richtung des Anspruches.

Der gesicherte Anspruch behält auch die Richtung bei[97]). Der Ansicht Raape's[94]), daß die Obligation infolge der Vormerkung aufhöre, streng accessorisch zu sein und gegen gewisse Störungen von dritter Seite reagiere, ist nicht beizutreten. Es ist vielmehr so, daß der Anspruch unter den ursprünglichen Parteien bestehen bleibt und daß durch die Vormerkung Einwirkungen Dritter ausgeschlossen werden[98]). Die Obligation ist ein Institut,

93) v. Tuhr I S. 190; M. Wolff § 48, VII, 2.
94) So Raape S. 109.
95) Dölle a. a. O. S. 500.
96) v. Tuhr I S. 190.
97) Prot. Mugdan III S. 569; M. Wolff § 48, Anm. 28; v. Tuhr I S. 206.
98) v. Tuhr I S. 190; Biermann, Widerspruch und Vormerkung S. 156.

das bloß unter partes wirkt, die Vormerkung ist ein Institut, das überhaupt nur dadurch Sinn und Berechtigung bekommt, daß es auf Dritte gemünzt wird. Daß der Anspruch des § 888 nicht aus dem obligatorischen Rechtsverhältnis stammt, zeigt folgende Erwägung: Wenn ein Kaufanspruch durch Veräußerungsverbot gesichert wird, so hat der Verbotsberechtigte gegen Dritte denselben Anspruch aus § 888 Abs. 2 wie der Vorgemerkte aus § 888 Satz 1. Wäre nun ein Anspruch auf Leistung einer beweglichen Sache durch Veräußerungsverbot gesichert, so kommt ein derartiger Anspruch garnicht in Frage (s. oben § 8). Die Störung von dritter Seite ist genau dieselbe; die „Obligation reagiert" aber nicht! Nach § 888 Abs. 1 schuldet der Dritte nur die „Zustimmung" zu der Eintragung. Vorausgesetzt ist also, daß der Erwerbstatbestand von den Parteien gesetzt wird.

III. TEIL.

Erklärt eine Verfügungsbeschränkung die anderen gesetzlich geregelten Vorschriften für die Vormerkung?

Es ist hier nicht die Voraussetzung, daß die Vormerkung ein negatives Herrschaftsrecht ist, sondern das letzte zu beweisende Ziel. Der Begriff ist, da das Gesetz ihn nicht selbst in ein Schema faßt, aus den positiven Normen zu entwickeln und an ihnen zu kontrollieren.

Es ist verfehlt einzuwenden: Wenn die Vormerkung ein Sachenrecht, insbesondere ein negatives Herrschaftsrecht wäre, so müßten verschiedene Vorschriften überflüssig sein. Das ist, wie Fuchs (LZ. 1914 S. 141) mit Recht hervorhebt, ein Trugschluß: Man will aus den Normen das Wesen erkennen, benutzt aber das bloße Vorhandensein von Vorschriften zu einem Gegenargument. Es ist ein Zirkelschluß, wenn man „aus dem Parallelismus der Dogmen die Verschiedenheit der Begriffe durch Gegenschluß folgert“ [1]).

Die Rangerhaltung (§ 883 Abs. 3).

§ 11.

Nach § 883 Abs. 3 bestimmt sich der Rang des Rechtes, auf dessen Einräumung der persönliche Anspruch gerichtet ist, nach der Eintragung der Vormerkung. Diese Rangwirkung ist eine natürliche Folge der Sicherung des unverändert bleibenden Anspruchs durch die essentiell negative Beschränkung des rechtlichen Könnens.

1. Die (negative) Wirkung der Vormerkung beginnt mit dem Augenblick der Eintragung (§ 883 Abs. 2). Durch die Vormerkung wird die Erfüllbarkeit des Anspruches gesichert, wie sie zu jener Zeit bestand. Jede Verfügung ist nun insofern unwirksam, als sie die Verwirklichung des Anspruches, so wie sie in jenem Zeitpunkt möglich war, vereiteln oder beeinträchtigen würde.

---

1) Fuchs in LZ. 1914 S. 141.

Begrenzte dingliche Rechte stehen in einer Rangfolge, die auf dem Grundsatz des Vorranges älterer Rechte beruht. Es bewirken nun folgende Verfügungen eine Beeinträchtigung der Erfüllbarkeit des Anspruches:

a) Bei Rechten, die in derselben Abteilung des Grundbuchs eingetragen sind, alle Verfügungen, welche dem Recht, auf dessen Entstehung der Anspruch gerichtet ist, eine schlechtere Rangstelle einräumen würden, als es gefunden hätte, wenn der Anspruch zur Zeit der Vormerkungseintragung erfüllt wäre, d. h. bei einem Anspruch auf Bestellung einer ersten Hypothek alle erste Hypotheken, die später als die Vormerkung eingetragen werden.

b) Bei Rechten, die nicht in derselben Abteilung eingetragen sind, beeinträchtigen diejenigen die Erfüllbarkeit des Anspruchs, die das zu schaffende Recht ebenfalls in eine schlechtere Rangstelle drängen würden, als es zur Zeit der Eintragung der Vormerkung gefunden haben würde; das ist der Fall, wenn das nachträglich geschaffene Recht ein früheres Datum erhielte als das durch die Vormerkung gesicherte.

2. Alle diese Verfügungen sind dem gesicherten Gläubiger gegenüber unwirksam (§ 883 Abs. 2). Die Unwirksamkeit besteht solange, wie die Beeinträchtigung dauert. Sofern das einzutragende Recht überhaupt einen Rang hat, wird die Beeinträchtigung nur dadurch beseitigt, daß dem gesicherten Recht der Rang gegeben wird, den es bei Eintragung zur Zeit der Vormerkung gehabt haben würde.

Das bedeutet nicht, daß das Recht in allen Beziehungen schon als im Zeitpunkt der Vormerkungseintragung entstanden anzusehen ist; die Regelung hat nur Bedeutung für den Rang der Rechte untereinander [2]). Die Rangerhaltung ist somit eine Folge der Sicherung der Erfüllung eines Anspruchs durch die negative Wirkung der Vormerkung, durch die Beschränkung des rechtlichen Könnens. Rangwirkung ist also nicht Positives im Sinne des Aktuellen. § 883 Abs. 3 folgt aus § 883 Abs. 2 S. 1, oder, da dieser seinerseits aus § 883 Abs. 1 abgeleitet ist, so ist die Rangerhaltung eine Konsequenz aus § 883 Abs. 1. M. E. ganz zutreffend weist M. Wolff, § 48 Anm. 22 darauf hin, daß die Rangerhaltung sich schon aus § 883 Abs. 1 ergibt.

Genau so muß entschieden werden, obwohl es nicht im Gesetze steht, wenn ein Anspruch auf Einräumung eines begrenz-

---

2) M. Wolff § 48 Anm. 22; Reichel S. 141.

ten Rechtes durch ein Veräußerungsverbot gesichert ist. Das Veräußerungsverbot hat aber, als Verfügungsbeschränkung, essentiell nur negative Wirkungen.

§ 12.

Die Vormerkung im Konkurse.

I. Wirkungen im allgemeinen.

Rosenberg[3]) weist nachdrücklich darauf hin, daß in den §§ 24 und 193 KO. Wirkungen der Vormerkung angeordnet sind, die mit ihrer Konstruktion als Verfügungsbeschränkung nicht gedeckt seien. Dieser Ansicht ist m. E. nicht beizutreten. Es ist zu zeigen, daß die Wirkungen im Konkurse geradezu eine Bestätigung für die Konstruktion eines negativen Herrschaftsrechtes darstellen.

1. § 888 Abs. 2 Satz 2 bestimmt, daß eine Verfügung über das von der Vormerkung betroffene Recht auch dann insoweit unwirksam ist, als sie die Verwirklichung des Anspruches vereiteln oder beeinträchtigen würde, wenn sie durch den Konkursverwalter erfolgt. Bei manchen Verfügungsbeschränkungen stellt das Gesetz ebenfalls positiv der rechtsgeschäftlichen Verfügung die des Konkursverwalters gleich, z. B. in den §§ 161, 2115. Andererseits aber fehlt eine derartige Norm für die Veräußerungsverbote (§§ 135 f.); sie werden nach positiver Vorschrift (§ 13 KO.) im Konkurse unwirksam. Von den §§ 883, Abs. 2, 161, 2115 kann nicht ausgegangen werden; denn sie selbst sind erst dogmatisch-konstruktiv zu erklären. Sind diese Bestimmungen anormal und enthält § 13 KO. eine normale Rechtsfolge, oder sind umgekehrt sie der Ausdruck eines logischen, selbstverständlichen Rechtsgedankens?

2. Eine Verfügungsbeschränkung kann nicht dadurch unwirksam werden, daß über das Vermögen des Betroffenen der Konkurs eröffnet wird; sie bleibt unberührt: Nach § 6 KO. verliert mit der Eröffnung des Verfahrens der Gemeinschuldner die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehörendes Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen; das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch den Konkursverwalter ausgeübt. In Ansehung des von der Vormerkung betroffenen Rechtes oder des Rechtes, über das bereits unter aufschiebender Bedingung verfügt

3) JW. 1926 S. 2621 zu Nr. 6.

ist, oder des der Nacherbschaft unterliegenden Vermögens hat nun der Gemeinschuldner die Verfügungsmacht schon bei Konkurseröffnung nicht, und der Gegner hat ein Recht, nicht etwa: seinerseits zu verfügen, sondern die Verfügungsmacht des anderen derart lahmzulegen, daß der Gegenstand im Vermögen des Gegners bleibt.

§ 6 KO. läßt nun diese negativen Herrschaftsrechte unberührt; denn er kann nur so interpretiert werden: § 6 Abs. 1: „Mit der Konkurseröffnung verliert der Schuldner die Befugnis — soweit er sie hat — . . . . über sein Vermögen zu verfügen" und § 6 Abs. 2: „. . . . Das Verfügungsrecht wird — soweit es dem Gemeinschuldner zusteht — durch einen Konkursverwalter ausgeübt." M. a. W.: § 6 KO. unterwirft der Verwaltung und Verfügung des Konkursverwalters nicht mehr Rechte, als dem Gemeinschuldner selbst zustehen; der Konkursverwalter hat alle Beschränkungen des Gemeinschuldners zu beachten[4]; natürlich vorbehaltlich einer Anfechtung nach §§ 30 ff. Verfügungsbeschränkungen können daher der Regel nach durch die Konkurseröffnung nicht unwirksam werden. Der Rechtszuständigkeit nach gehört das von der Verfügungsbeschränkung betroffene Recht zwar noch zum Vermögen des Gemeinschuldners, und so kann allerdings das Verwaltungsrecht von dem Konkursverwalter ausgeübt werden; die Verfügungsmacht erlangt er aber nicht. —

Wenn also der Konkursverwalter eine Forderung abtritt, während die Abtretbarkeit durch Vertrag gemäß § 399 ausgeschlossen oder die Forderung unpfändbar war (§ 400), oder ein Recht, über das der Gemeinschuldner schon aufschiebend bedingt verfügt hat (§ 161), veräußert, oder die mit einer Vormerkung belastete Hypothek (§ 883 Abs. 2) abtritt, oder sich über die dem Vorerben gemäß § 2113 obliegenden Schranken hinwegsetzt, so sind alle diese Verfügungen unwirksam. Den relativen Verfügungsbeschränkungen ist also die Gleichbehandlung der „rechtsgeschäftlichen Verfügung des Berechtigten und der im Zwangswege gegen ihn erfolgenden Verfügung eigentümlich"[5], notwendig typisch.

Dieser Satz trifft jedoch nicht auf ein Veräußerungsverbot der in §§ 135 f. bezeichneten Art zu. Nach § 13 KO. verliert ein

4) Jaeger, Komm. z. KO. 1907 Bd. I S. 95; RG. Bd. 61 S. 43 f.; Bd. 46 S. 167; letztere mit Literatur.

5) KGJ. Bd. 52 S. 129.

solches Veräußerungsverbot im Konkurse die Wirkung, während die Vormerkung (§ 24) bestehen bleibt. Die Abnormität dieser Vorschriften liegt aber nicht in der Behandlung der Vormerkung. Das Regelwidrige ist die Außerkraftsetzung des Veräußerungsverbotes. Also ist § 13 der Ko., nicht § 24 die Ausnahmevorschrift! Demnach ist der Einwand Rosenberg's[6]) unberechtigt, daß § 24 KO. von einer Konstruktion der Vormerkung als Verfügungsbeschränkung nicht gedeckt sein würde.

3. Insoweit die Vormerkung im Konkurse die Wirkung behält, enthält § 24 nichts Anomales; es würde ein Gegenargument sein, wenn es anders wäre. Nach § 24 KO. kann nun der Gläubiger von dem Konkursverwalter die Befriedigung seines Anspruches verlangen. Wenn diese Bestimmung dahin verstanden werden müßte, daß der Gläubiger jederzeit, ohne Rücksicht auf die Fälligkeit des Anspruchs oder auf Einreden Befriedigung verlangen könnte, so wäre Rosenberg zuzugeben, daß die Konstruktion als negatives Herrschaftsrecht versagt; dann allerdings wäre die Vorschrift dogmatisch unerklärlich; denn aus einer Verfügungsbeschränkung folgt nur, daß der Konkursverwalter nicht wirksam verfügen, sich nicht in Leistungsunvermögen setzen, daß die betroffene Sache oder das betroffene Recht nicht aus dem Vermögen des Cridars genommen werden kann. Der persönliche Anspruch muß aber unberührt bleiben. § 24 KO. ist jedoch auch nicht so auszulegen. Der Konkursverwalter des Verpflichteten muß den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch so, aber auch nur so, erfüllen, wie ihn außerhalb des Konkurses der Verpflichtete selbst zu erfüllen hätte[7]). Der Konkursverwalter kann Einwendungen und alle Einreden gegen den Anspruch vorbringen; die Beseitigung, d. h. Aufgabe (Verzicht)[8]) der Vormerkung von dem Vormerkungsberechtigten nach § 886 verlangen, wenn dem Anspruch eine peremptorische Einrede entgegensteht.

Positive Wirkungen entfaltet die Vormerkung also nicht; sie behauptet sich nur gegenüber dem Konkurse; und der persönliche Anspruch bleibt unberührt. § 24 KO. folgt also aus dem Wesen der Vormerkung[9]). Ist die Vormerkung ein negatives Herr-

6) in JW. 1926 S. 2621 zu Nr. 6.

7) Jaeger KO. Komm. 1907 Bd. I S. 270.

8) Nicht nur Löschung im Sinne des § 894, da die Vormerkung noch besteht, also das Grundbuch nicht unrichtig ist (Kober 1926 zu 886; Güthe, Gruch. Bd. 57 S. 47; Biermann, Komm. S. 98).

9) Sarwey-Bossert, Komm. z. KO. 1901 S. 121; Petersen-Enge S. 16.

schaftsrecht, so muß sie wie die dinglichen Rechte trotz des Konkurses bestehen bleiben; bleibt sie bestehen, so entfaltet sie ihre normalen Wirkungen.

II. Wirkung der Vormerkung gegenüber dem Zwangsvergleich (§ 193 Satz 2).

Nach § 193 Satz 1 Ko. wirkt der Zwangsvergleich nicht für und gegen die bevorrechtigten Konkursgläubiger. Der durch die Vormerkung gesicherte Gläubiger kann von dem Konkursverwalter nach § 24 Ko. abgesonderte Befriedigung seines Anspruches verlangen; die Vormerkung wirkt also als Absonderungsrecht[10]). Also trifft die Voraussetzung des § 193 Satz 1 schon nicht auf den durch eine Vormerkung gesicherten Anspruch zu (arg. alle nicht bevorrechtigten); daher kann er nicht unter § 193 Abs. 1 fallen. Somit ist die Bestimmung des § 193 Satz 2, daß der Vorgemerkte vom Zwangsvergleich nicht berührt wird, nur eine Folge des in § 24 Ko. anerkannten Prinzips, eine Folge, „die aber Satz 2 zur Vermeidung eines Zweifels ausdrücklich feststellt“[11]).

III. Somit bestätigen die Wirkungen der Vormerkung im Konkurse ihre Konstruktion als Verfügungsbeschränkung. Es zeigt sich überzeugend aufs Neue ihre Belastungsnatur; und die Wirkungen, die sie als negatives Herrschaftsrecht haben muß und nur haben kann, können auch im Konkurse festgestellt werden. An dieser Behandlung der Vormerkung zeigt sich, daß auch für sie die für alle dinglichen Rechte geltende Regel zutrifft[12]): Die Gläubiger, deren Ansprüche durch dingliche Rechte geschützt sind, werden von der Unzulänglichkeit des Vermögens des Schuldners nicht betroffen; ein Satz, der sich in § 884 BGB. bestätigt.

§ 13.

Vormerkung und Erbenhaftung.

„Soweit der Anspruch durch die Vormerkung gesichert ist, kann sich der Erbe nicht auf die Beschränkung seiner Haftung

10) Zu dieser Frage Jaeger, Komm. z. KO. 1907 zu § 24 S. 268; Biermann, Widerspruch u. Vormerkung S. 200.
11) Jaeger, Komm. z. KO. II S. 368.
12) Jaeger, Konkursrecht (Lehrb.) 1924 S. 143.

berufen" (§ 884 BGB.). Diese Vorschrift könnte zu einem Mißverständnis Anlaß geben. Die Wendung: Der Erbe kann sich nicht „auf die Beschränkung seiner Haftung berufen" kann nicht den Sinn haben, daß der Erbe gegebenenfalls auch aus seinem nicht ererbten Vermögen den Anspruch zu erfüllen hat, selbst wenn er beschränkt haftet; denn Voraussetzung der Vorschrift ist, daß eine gültige Vormerkung gegen den Erblasser bestand und besteht (arg.: Soweit der Anspruch „durch die Vormerkung gesichert ist"); wie der Anspruch zu behandeln ist, wenn die Vormerkung nicht besteht, darüber sagt § 884 nichts aus. Wenn die Vormerkung besteht, so muß auch das von ihr betroffene Recht, das mit dem Erbfall auf den Erben übergegangen ist, noch bestehen: Der Gegenstand muß noch im Nachlaß sein. Also muß die Erfüllbarkeit des persönlichen Anspruches, wie sie gegen den Erblasser bestanden hat, auch noch gegen den Erben bestehen. Also kann § 884 nur den Sinn haben: Der Erbe muß den ererbten Gegenstand dem durch Vormerkunng gesicherten Gläubiger leisten; er hat mit dem Nachlaßgegenstand den Anspruch des Gläubigers zu erfüllen.

Als Argument gegen die Konstruktion der Vormerkung als Verfügungsbeschränkung wird darauf hingewiesen, daß jene Wirkung der Vormerkung eine durchaus positive sei, eine Verfügungsbeschränkung aber nur negative Wirkungen haben könne[13]). Reichel[14]) ist der Ansicht, daß hier eine anormale Regelung vorliege; er begnügt sich mit der Bemerkung, daß die Vormerkung in gewissen Fällen die „Offensive" ergreife, wobei er u. a. an den vorliegenden Fall denkt. Auch Heinrich[15]) gibt keine dogmatische Erläuterung. Es ist auch nicht mehr als eine bildliche Veranschaulichung zu sagen[16]): „der vorgemerkte Anspruch hat schon das Grundstück speziell erfaßt und hält es umfangen."

Für den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch haftet der Erbe nach § 1967. Der Anspruch ist eine Nachlaßverbindlichkeit. An sich unterliegt er, da er seinen Inhalt nicht ändert, allen Einreden, auch der Einrede der beschränkten Erbenhaftung. Es fragt sich aber, ob nicht gerade diese Einreden durch die Vormerkung abgeschnitten werden müssen. Der Vorgemerkte hatte

13) Rosenberg in JW. 1926 S. 2621 Nr. 6; Komm. 1919 zu § 883 Nr. V, 3 a; RG. 113 S. 403 ff. = JW. 1926 S. 2621 Nr. 6.
14) Reichel S. 130.
15) a. a. O. S. 159 ff.
16) Leyser a. a. O. S. 47.

vor dem Erbfall einen Schutz gegen das Leistungsunvermögen und gegen die Unzulänglichkeit des Vermögens seines Schuldners. Muß ein negatives Herrschaftsrecht ihm diesen Schutz erhalten?

Das Problem enthält zwei Unterfragen:

1. Behält eine Verfügungsbeschränkung, die gegen den Erblasser wirkte, ihre Kraft gegenüber dem Erben?
2. Wie verhält sich eine Verfügungsbeschränkung, die einen Anspruch sichert, zu den Beschränkungsmitteln der Erbenhaftung?

1. Das negative Herrschaftsrecht ist ein Vermögensrecht. Es legt eine Befugnis aus dem betroffenen Vermögensrecht lahm; insoweit das negative Herrschaftsrecht reicht, hat der Betroffene keine Verfügungsmacht. Sie gehört also insoweit nicht mehr zu seinem Vermögen. Nach § 1923 geht das Vermögen des Erblassers als Ganzes, so wie es ist, auf den Erben über. Da in dem beschränkten Recht die Verfügungsmacht nicht mehr enthalten ist, kann es auch nur mit diesem geringeren Inhalt übergehen. Der Erbe hat also alle Beschränkungen des Erblassers einzuhalten, d. h.: Die Vormerkung muß dem Erben gegenüber wirksam sein.

2. Wenn das von der Vormerkung betroffene Recht, wie oben gezeigt, im Nachlaß sein muß und die Vormerkung dem Erben gegenüber wirksam ist, wieso kann er sich da auf seine beschränkte Erbenhaftung berufen? Die Wirkung der Vormerkung gegenüber der beschränkten Erbenhaftung setzt die Erkenntnis voraus, wie sie sich gegenüber den Tatbeständen verhält, auf Grund deren die beschränkte Haftung eintritt.

a) Ist die Erbmasse so gering, daß sie die Kosten der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses nicht deckt, so kann der Erbe den Gläubigern den Nachlaß zur Zwangsvollstreckung herausgeben und den Zugriff auf sein nicht ererbtes Vermögen verweigern [17]). Soweit Nachlaßgegenstände da sind, sind sie also den Gläubigern herauszugeben. Jede Verfügung über das von der Vormerkung betroffene Recht ist dem Vorgemerkten gegenüber unwirksam (siehe oben unter 1). Eine positivrechtliche Ausnahme für alle auf Grund von Vollstreckungsmaßregeln begründeten Sicherungsmittel gibt § 1990 Abs. 2 BGB. Der Erbe kann nur dem Vorgemerkten und muß diesem die geschuldete und gesicherte Leistung erbringen; denn der Gegenstand ist im Ver-

17) Kipp, Lehrb. d. Erbrechts § 74, II, b α; § 80.

mögen des Erben; über ihn kann nicht verfügt werden, da die Vormerkung wirksam ist. Es kommt also überhaupt nicht in Frage, daß der Vorgemerkte auf das Privatvermögen zu greifen hätte. Das kann er auch nicht: Diese Rechtsfolge besagt auch § 884 nicht, wie oben dargelegt ist.

b) Mit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses haftet der Erbe den Gläubigern nur mit dem Nachlaß (§ 1975). Von dem Konkurse über dieses Sondervermögen wird aber der Vorgemerkte nach § 24 KO. nicht erfaßt. Aus dem vorhandenen und zu seinen Gunsten festgelegten Gegenstand wird er wie außerhalb des Konkurses befriedigt. Daß § 24 KO. mit der Annahme eines negativen Herrschaftsrechtes in Einklang steht, ist oben § 12 dargelegt. Daß der Vorgemerkte also auf das Privatvermögen des Erben greifen müßte, um befriedigt zu werden, kommt nicht in Frage. Es kann auch nicht auf das Privatvermögen greifen!

c) Die Anordnung der Nachlaßverwaltung beschränkt die Erbenhaftung auf den Nachlaß (§ 1975) [18]). Die Rechtsbeschränkungen, denen der Erbe unterliegt, hat auch der Nachlaßverwalter einzuhalten. Ansprüche, die sich gegen den Erben richten, können nur [19]) gegen den Nachlaßverwalter geltend gemacht werden (§ 1984 Abs. 1 Satz 3); sie ändern ihren Inhalt aber nicht. Müßte der Erbe nun den geschuldeten Gegenstand aus dem Nachlaß leisten, so kann der Gläubiger auch von dem Nachlaßverwalter die Leistung des im Nachlaß befindlichen Gegenstandes verlangen.

Auch hier ist ein Zugriff auf das Privatvermögen nicht möglich; kommt aber auch gar nicht in Frage.

d) Nach § 1973 kann der Erbe die Befriedigung eines im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubigers insoweit verweigern, als der Nachlaß durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft wird. Vorausgesetzt ist, daß der Gläubiger von dem Aufgebot betroffen wird. Nach § 1971 wird der Vorgemerkte von dem Aufgebot aber nicht berührt. Diese Wirkung ist nicht anomal; denn die Regelung ist ebenso für alle Gläubiger, die im Konkurse ein Absonderungsrecht haben, also vom Konkurse nicht betroffen werden. Das ist bei der Vormerkung auch der Fall; im Konkurse aber hat sie ganz normale Wirkungen. Es kann also gar nicht in Frage kommen, daß der Erbe die Leistung des vorhandenen Gegenstandes verweigern könnte. Und nur das besagt der § 884 BGB.

---

18) Kipp, § 78.
19) Kipp, § 78, VII, 4.

e) Der Erbe haftet gemäß § 1974 Abs. 1 denjenigen Gläubigern, die ihre Forderung später als fünf Jahre nach dem Erbfall dem Erben gegenüber geltend machen, nur mit dem Nachlasse. Dieses Beschränkungsmittel trifft den Vorgemerkten nicht; denn nach § 1974 Abs. 3 findet es keine Anwendung auf diejenigen Gläubiger, die gemäß § 1971 von dem Aufgebot der Nachlaßgläubiger nicht betroffen werden; dazu gehört (wie oben unter d) dargelegt) auch der Vorgemerkte.

Demnach berühren die Beschränkungsmittel das Recht des Vorgemerkten nicht, Befriedigung aus dem vorhandenen Nachlaßgegenstande zu verlangen. Das und nur das ist in § 884 zum Ausdruck gebracht. Diese Vorschrift besagt nur, daß der Erbe den im Nachlaß befindlichen geschuldeten Gegenstand immer leisten muß. Diese Regelung müßte aber ebenso sein, wenn es den § 884 nicht gäbe [20]). Das ist durch die Erörterungen gezeigt. Somit kann § 884 mit der Konstruktion des negativen Herrschaftsrechtes nicht in Widerspruch stehen.

§ 14.

Vormerkung und Zwangsversteigerung (§ 48 ZVG.).

1. Die Vormerkung macht jede Verfügung über den von ihr betroffenen Gegenstand insoweit unwirksam, als die Verfügung den der Vormerkung zugrunde liegenden Anspruch beeinträchtigen würde. Der staatliche Zwang zur Durchsetzung von Privatrechten kann den Rechtssubjekten nicht mehr Rechte verschaffen, als sie außerhalb des Zwangsverfahrens nach materiellem Rechte haben; denn der Staat stellt seinen Zwang nur zur Verfügung zur Verwirklichung der Rechte so, wie sie bestehen. Daraus folgt, daß die Vormerkung auch gegenüber den im Wege der Zwangsversteigerung geschehenden anspruchsfeindlichen Verfügungen Bestand haben muß [21]). Den relativen Verfügungsbeschränkungen ist die Gleichbehandlung „der rechtsgeschäftlichen Verfügung des Berechtigten und der im Zwangswege gegen ihn erfolgten Verfügung eigentümlich“ [22]).

2. Nun bestimmt § 48 ZVG., daß Rechte, die durch eine Vormerkung gesichert sind, bei der Feststellung des geringsten

20) Crome, Syst. Bd. III S. 183: „Lediglich eine Konsequenz des Gesagten (d. h. des § 883) enthält § 884 BGB.“

21) Reichel a. a. O. S. 127.

22) KGJ. Bd. 52 S. 129.

Gebotes und der bestehenden bleibenden Rechte wie eingetragene Rechte zu berücksichtigen sind. Diese Vorschrift steht mit der Annahme eines negativen Herrschaftsrechtes nicht im Widerspruch: Einerseits ist es natürlich, daß die Vormerkung als negatives Herrschaftsrecht im Verfahren nicht eine stärkere Kraft haben kann, als das durch sie gesicherte positive Herrschaftsrecht: Geht die Vormerkung dem Recht des betreibenden Gläubigers nach, so wird sie nicht in das geringste Gebot aufgenommen und kann sie durch den Zuschlag erlöschen.

Geht das negative Herrschaftsrecht dagegen dem Recht des betreibenden Gläubigers vor, so muß auch hierfür das Deckungsprinzip des § 44 ZVG. gelten; denn die Vormerkung als dingliches Recht hat einen Rang. Insoweit dieser besser ist, als der Rang des betreibenden Gläubigers, ist die Vormerkung, soweit sie die Verfügungsmacht des Betroffenen lahmlegt, von dem nachstehenden Gläubiger zu respektieren. Dieser hat kein Recht auf Befriedigung unter Uebergehung des Vorgemerkten. Die Vormerkung ist daher zu berücksichtigen, d. h. also: im Zuschlagsbeschluß als bestehen bleibend zu verzeichnen und von dem Erwerber zu übernehmen [23]). Es sind hier zwei Fälle zu unterscheiden:

a) Ist die Vormerkung auf Aufhebung oder Uebertragung eines eingetragenen Rechtes gerichtet, so ist sie dann berücksichtigt [24]), wenn das eingetragene Recht berücksichtigt ist; denn wird das eingetragene Recht übernommen, so wird damit auch das dieses Recht belastende Recht berücksichtigt.

b) Ist die Vormerkung dagegen ein Recht „an der Sache", also eine Vormerkung auf Einräumung eines Rechtes an dem Grundstück, so ist sie dann berücksichtigt, wenn der Anspruch, der ihr zugrunde liegt, mitsamt seiner Sicherung im Zuschlagsbeschluß als bestehen bleibend aufgenommen ist; denn der Umfang der Beschränkung des rechtlichen Könnens richtet sich nach dem durch die Vormerkung gesicherten persönlichen Anspruch.

Fraglich kann sein, ob nicht über § 48 ZVG. hinaus eine Besonderheit für die dem Recht des betreibenden Gläubigers vorgehende (also immer zu berücksichtigende) Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Uebertragung des Eigentums an dem Grundstück gelten muß. Es ist nämlich streitig, ob sie im

23) Reichel a. a. O. S. 126.
24) Reichel S. 128.

Sinne des § 771 ZPO. ein „die Veräußerung hinderndes Recht“ ist, oder ob für diese Vormerkung die Vorschrift des § 772 ZPO. analog anwendbar ist. Wie diese Streitfrage zu entscheiden ist, steht hier nicht zur Erörterung; denn es handelt sich hier nur darum zu untersuchen, inwieweit die positiv für die Vormerkung gegebenen Vorschriften mit ihrer Konstruktion als Verfügungsbeschränkung im Einklang stehen.

3. § 48 ZVG. ist eine Vorschrift, die eine Folgerung aus dem Wesen der Vormerkung ist: Sie will nicht mehr besagen, als daß die Vormerkung zu berücksichtigen ist. Das ergibt sich schon aus allgemeinen Prinzipien. Wenn die Wendung: Vorgemerkte Ansprüche sind „wie eingetragene Rechte zu berücksichtigen“ den Sinn hätte, daß der Anspruch vorzeitig fällig wird, so wäre allerdings die Vorschrift nicht erklärbar. So ist sie jedoch nicht aufzufassen. Sie behandelt nur die Frage, welche Rechte in den Versteigerungsbedingungen zu berücksichtigen sind; nicht aber wird der Vorgemerkte besser behandelt, als er außerhalb der Zwangsversteigerung stehen würde. Der persönliche Anspruch und die Vormerkung bleiben vielmehr so bestehen, wie sie gegen den von der Zwangsversteigerung Betroffenen bestanden haben. Soll die Vormerkung durch den Zuschlag erlöschen, so gelten die Vorschriften der §§ 92 und 120 ZVG. Der Vorgemerkte erhält also keinesfalls eine Befriedigung, wie er sie außerhalb des Verfahrens nicht zu beanspruchen hätte.

SCHLUSS.

Die Ausführungen zeigen, daß die Vorschriften für die Sachenrechte im allgemeinen auf die Vormerkung anwendbar sind, daß sie die den negativen Herrschaftsrechten typische Beschränkung des rechtlichen Könnens aufweist, selbst aber kein Recht zu einem aktuellen Können gewährt und den zugrundeliegenden persönlichen Anspruch in Inhalt und Richtung unberührt läßt. Die Vorschriften über die positiv geregelten Wirkungen der Vormerkung lassen sich ungezwungen mit der Annahme eines negativen Herrschaftsrechtes lösen. Also ist die Vormerkung eine liegenschaftsrechtliche — streng ekzessorische — Verfügungsbeschränkung. Die in der Einleitung gestellten Fragen sind also mit Hilfe der vom Gesetz für die Verfügungsbeschränkungen gegebenen Normen zu entscheiden. —